Die Einwirkung der Forderungsübertragung auf die Bürgschaftsschuld

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Adolf Hellmann
Gerichtsreferendar aus Wadersloh.

Marburg 1931

Buchdruckerei von Franz Pöttken in Sendenhorst i. W.

Als Dissertation von der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. Juni 1931.

Berichterstatter:

Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

Meiner lieben Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einführung. 1

I. Teil:

Vorfragen.

§ 2. Der Begriff der Forderungsübertragung. 2

§ 3. Der Begriff der Bürgschaftsschuld. 4

II. Teil:

Die Hauptfrage:

Die Einwirkung der Forderungsübertragung auf die Bürgschaftsschuld.

§ 4. Die Erklärung der Bestimmung des § 401 Abs. 1 BGB. 12

§ 5. Die Möglichkeit der Uebertragung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung. 14

§ 6. Das rechtliche Schicksal der Bürgschaftsschuld bei Uebertragung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung. 17

§ 7. Die Unwirksamkeit der Uebertragung der Bürgschaftsforderung ohne die Hauptforderung. 24

§ 8. Die Erteilung einer Einziehungsermächtigung für die Bürgschaftsforderung. 28

§ 9. Der Schutz des gutgläubig leistenden Bürgen gemäß § 407 Abs. 1 BGB. 36

§ 10. Ergebnis. 39

Literaturverzeichnis.

Bähr: Zur Zessionslehre. Ihering J. Bd. 1, S. 351.

Bendix: Haftung für den Rechtsbestand von Rechten. Arch. Bürg. Recht, Bd. 32, S. 325.

Berndt: Zu § 407 BGB. Seuff. Bl. Bd. 75, S. 676.

Binder: Die Korrealobligation im römischen und im heutigen Recht. 1859.

Boethke: Besprechung der Kremer'schen Schrift. Gruchot Bd. 47, S. 857.

Buch: Die Uebertragbarkeit der Forderungen im mittelalterlichen deutschen Recht. Breslau 1912.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Pandekten, Bd. II. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg: Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, 1/2. Auflage. Halle 1899/1901.

Dernburg: Preußisches Privatrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1882.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB. Bd. II, 2. Aufl. Mannheim 1910.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Abt. 23—27. Aufl. Marburg 1927.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung von Heinrich Lehmann 31—35. Aufl. Marburg 1930.

Flad: Kann die Forderung gegen den Bürgen ohne die Hauptforderung abgetreten werden? Recht 1919, 23. Jahrg. S. 201.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1896.

Geib: Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. III: Schuldrecht, München und Leipzig 1917.

Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. Jena 1850.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl. Mannheim 1900.

Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Herzfeld: Die Wirkung der Verpfändung einer Forderung auf eine für sie bestellte Bürgschaft. Dissertation Rostock 1910.

Hruza: Korrealobligation und Verwandtes nach der 2. Lesung des Entwurfes eines BGB. Sächs. Arch. f. bürg. R. Bd. 5, S. 193.

Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts. Leipzig 1896.
Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. Ihering J. Bd. 48, S. 187.
Jander: Legitimationsübertragung, J. W. 1913, S. 471.
Kletke: Die Rechtsbeziehung des Gläubigers zur Forderung. Dissertation Breslau 1927.
Koban: Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.
Koschaker: Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht, Berlin 1911.
Kremer: Die Mitbürgschaft. Straßburg 1902.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1919.
Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. München 1929.
Loebl: Geltendmachung fremder Forderungsrechte in eigenem Namen. Arch. Civ. Prax. Bd. 129, S. 257.
Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg 1922.
Mangold: Der Begriff der Inkassocession. Dissertation Leipzig 1907.
Manigk: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
Manigk: Schuldübernahme. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. V, S. 370. Berlin und Leipzig 1928.
Mark: Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. J. W. 1915, S. 311.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. II, Amtl. Ausg.
Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 1836.
Müller: Hat die Inkassocession die Wirkung der Forderungsübertragung? In Seuff. Bl. Bd. 72, S. 967.
Oertmann: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, I. Abtl. 3. Aufl. Berlin 1928; II. Abtl. 5. Aufl. Berlin 1929.
Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht, Leipzig und Berlin 1909.
Planck: Kommentar zum BGB. Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1913; Bd. II, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914; Bd. II, 2. Hälfte 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
Puchta: Pandekten. 12. Aufl. 1877.
Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1915.
Reichel: Die Schuldübernahme. München 1909.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von den Reichsgerichtsräten, Bd. I und II, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Schmidt, A.: Zum Streit über die Rechtsnatur der Inkassogeschäfte, Gruchot Bd. 57, S. 241.
Schöninger: Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs. Arch. Civ. Prax. Bd. 96, S. 163.
Seyfferth: Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem Deutschen BGB. Dissertation Leipzig 1905.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
Siber: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II. Teil, Römisches Privatrecht. Berlin 1928.
Siber: Grundriß des Deutschen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht. Leipzig 1931.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2, 2. Aufl. Leipzig 1861.

Sobernheim: Ein Beispiel für die Anwendung der materiellrechtlichen Vorschriften zu Gunsten des guten Glaubens. Dissertation Berlin 1906.

Sohm-Mitteis: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Ausg. Herausg. v. Wenger, München 1923.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staub-Koenige: Kommentar zum HGB. Bd. 2, 12. und 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926, Bd. 3, 12. und 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger: Kommentar zum BGB. I. Bd. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1925; II. Bd. 1. Teil, 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1930; II. Bd. 3. Teil, 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1929.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. III. 3. Aufl. bearbeitet von Lehmann, Berlin 1898.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3 Bände, München und Leipzig 1918.

v. Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, II. Halbband, Tübingen 1925.

Ulsanner: Zu § 407. Seuff. Bl. 1910, Bd. 75, S. 676 f.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 7. Auflage 1976.

Volmer: Zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Pfändung und Ueberweisung des Berichtigungsanspruches, Gruchot Bd. 57, S. 624.

Warneyer: Kommentar zum BGB. I. Bd. 2. Aufl. Tübingen 1930.

Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht. Arch. Civ. Prax. Bd. 100, S. 399.

Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. Rechts- und staatswissenschaftliche Studien, Heft 33, Berlin 1908.

Wienstein: Der Begriff der Inkassocession. D.J.Z. 10. Jahrg. 1905, S. 833.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II. 8. Aufl. 1906.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Archiv für bürgerliches Recht.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Deutsche Juristenzeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Preußischen Obertribunals.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes.

Hanseatische Gerichtszeitung.

Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Soweit in der Abhandlung bei Aufführung von Paragraphen die Bezeichnung des Gesetzes fehlt, ist stets das BGB. gemeint.

§ 1.

Einführung.

Die vorliegende Abhandlung soll die Einwirkung der Forderungsübertragung auf die Bürgschaftsschuld untersuchen. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 401 Abs. 1: „Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.“ Hierbei wird nun zunächst zu prüfen sein, ob diese Vorschrift zwingenden Rechtes ist oder ob die Übertragung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung möglich ist. Falls das letztere zu bejahen wäre, so wäre weiter festzustellen, welches Schicksal die von der Abtretung ausgeschlossene Bürgschaft nunmehr erleidet. Umgekehrt ist dann noch zu erörtern, ob die Bürgschaftsforderung selbstständig, d. h. ohne die Hauptforderung übertragen werden kann.

Im Regelfall der Übertragung, d. h. wenn die Hauptforderung mit der Bürgschaftsforderung zusammen übertragen ist, kann ferner der Fall eintreten, daß dem Bürgen die Übertragung unbekannt war. Hierbei wird sich die Frage ergeben, ob der Bürge, falls er gutgläubig an den Cedenten leistet, befreit wird, wie es für den Schuldner gemäß § 407 Abs. 1 der Fall ist.

Die Entscheidung dieser Fälle ist wesentlich bedingt durch die Frage, in welcher rechtlichen Beziehung die Bürgschaft zu dem Forderungsrechte steht. Es muß also zunächst das Wesen der Forderungsübertragung und dann das der Bürgschaft näher beleuchtet werden, ehe an die Beantwortung der Einzelfragen herangegangen werden kann.

I. Teil

Vorfragen.

§ 2. Der Begriff der Forderungsübertragung.

Eine Übertragung von einzelnen Forderungen war dem alten römischen Recht [1]) unbekannt, da hier die Identität der Subjekte stets wesentlich für diejenige der Forderung war. In einem Personenwechsel des Gläubigers sah man eine wesentliche Veränderung des Schuldverhältnisses. Um nun einen Wechsel in der Person des Gläubigers herbeizuführen, half man sich mit der Novation, wodurch aber nicht das alte Schuldverhältnis fortgesetzt, sondern ein neues zwischen zwei anderen Personen begründet wurde. Da aber diese Form der Forderungsübertragung stets der Mitwirkung des Schuldners bedurfte, aber andererseits auch durch den neuen Vertrag die bestehenden Sicherheiten untergingen, konnte sie zur Zeit des aufblühenden Handels und der Ausbildung des jus gentium dem Verkehrsleben im römischen Reich nicht mehr genügen. Man schuf daher ein Surrogat der Forderungsübertragung ohne den Willen des Schuldners. Mit der Entwicklung des Formularprozesses war die Möglichkeit der Prozeßstellvertretung ausgebildet worden [2]). Der Gläubiger ernannte im Prozesse seinem Schuldner gegenüber einen Prozeßstellvertreter (procuratur) und beauftragte ihn durch ein mandatum ad agendum zur Prozeßführung. Der Prokurator, den man später Zessionar nannte, [3]) war auf Grund des Auftrages, da er in fremden Namen handelte, verpflichtet, dem Vertretenen Rechnung zu legen und das im Prozeß Erlangte herauszugeben. Der Gläubiger konnte nun den Vertretenen von dieser Verpflichtung entbinden und ihm gestatten, den Prozeß in eigenem Namen zu führen (procurator ad agendem in rem suam) und das im Prozeß Erlangte für sich zu behalten. [4])

Da aber der Forderungserwerber (Zessionar) immer noch von einem mandatum agendi abhängig war, so war er zwar wohl verpflichtet, die Forderung einzuklagen, hierzu jedoch nur so lange berechtigt, wie ihm das Mandatum zur Seite stand. Es konnte jederzeit

---

[1]) Vergl. Siber, Röm. R. S. 287; Rabel, S. 476; Sohm, S. 463; Windscheid, Bd. II, § 369, S. 361; Vangerow, Bd. III, § 574, S. 100, 1; Stammler, S. 181 ff.

[2]) Sohm, S. 463; Vangerow, Bd. III, S. 100, 101.

[3]) Stammler, S. 183.

[4]) Gajus II, §§ 38, 39; Siber, Röm. R. S. 287; Rabel, S. 476.

widerrufen werden, war unvererblich und erlosch beim Tode des Zessionars und des Zedenten ipso jure. Endlich wurde es wirkungslos, wenn der Schuldner (debitor cessus) vor dem Streitbeginn (litis contestatio) an den ursprünglichen Gläubiger (Cedenten) zahlte. [1])

Es war daher notwendig, den Zessionar gegen diese Gefahren zu schützen. In der Kaiserzeit gab man dem Zessionar eine actio utilis, wenn das Mandat erloschen war. Hierdurch wurde das Recht des Zessionars unwiderruflich und vererblich. [2]) Da durch die Gewährung der actio utilis der Zessionar nur gegen den Zedenten geschützt wurde, nicht auch gegen den Schuldner (debitor cessus), gab man ihm das Recht, durch eine Benachrichtigung des Schuldners (denuntiatio) zu bewirken, daß dieser nicht mehr wirksam an den Zedenten leisten konnte.

Im neueren römischen Recht trat dann an Stelle der schwerfälligen Konstruktion der Novation die einfache Übertragung der actio selbst. Hiermit hat die Cession ihre römische Entwicklung vollendet. Aber eine Forderungsübertragung, verbunden mit dem Eintritt des Dritten in das Schuldverhältnis an Stelle des Gläubigers, wie wir sie heute kennen, war mit der Übertragung der actio utilis im römischen Recht nicht anerkannt. [3]) Praktisch stand sie der Übertragung der Forderung bereits sehr nahe.

Nach deutschem Recht war die Übertragung einer Forderung durch Vertrag zulässig, die allerdings zunächst noch die Zustimmung des Schuldners erforderte. Der Schuldner hatte nämlich ein großes Interesse an der Person des Gläubigers, dem er unter Umständen leiblich haftbar war. Von dem deutschen Rechtsgedanken ausgehend ist es verständlich, daß mit der Rezeption des römischen Rechtes der römisch-rechtliche Begriff der Cession, der, wie wir oben sahen, nicht die Forderungsübertragung selbst, sondern nur die Übertragung der Ausübung des Forderungsrechtes bedeutet, nunmehr als eigentliche Forderungsübertragung aufgefaßt wird. Dabei befreite sich die weitere Rechtsentwicklung allmählich von dem Standpunkt, die denuntiatio als wesentlich für den Zessionsvertrag anzusehen. Gegen Ende des Mittelalters war es im deutschen Recht grundsätzlich anerkannt, daß Forderungen ohne Zustimmung des Gegners übertragen werden können. [4]) Allerdings versuchten späterhin einige Anhänger der historischen Schule entsprechend der römischen Lehre auch für das deutsche Recht in der Zession nur die Übertragung eines Ausübungsrechtes hinsichtlich der Forderung zu sehen. [5]) Aber die deutsche Auffassung hat den Sieg davon getragen. In den großen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts ist der Gegensatz zum römischen Recht hervorgehoben [6]), und es ist

---

[1]) Sohm, S. 464; Vangerow, Bd. III, S. 101.
[2]) Sohm, S. 465; Siber, Röm. R. S. 287; Rabel, S. 477.
[3]) Vangerow, Bd. III, S. 103; Windscheid, Bd. II, S. 363; Sohm, S. 465; Siber, Röm. R. S. 288; Enneccerus I, 2, § 301; A. Ans. Leonhard, S. 654.
[4]) Buch, S. 120.
[5]) Mühlenbruch, S. 220 ff.
[6]) Bayerisches Landrecht II, 3, § 8 Nr. 8.

von „einer Übertragung des Rechtes“ [1]) selbst die Rede. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist definitiv mit der römischen Auffassung von der Unübertragbarkeit des Forderungsrechtes gebrochen worden. Im § 398 heißt es ausdrücklich: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem andern auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers“. Einer Einwilligung oder Mitwirkung des Schuldners bedarf es also nicht. Eine Mitteilung, wie etwa die denuntiatio im römischen Recht, des Zessionars an den Schuldner ist ebenfalls nicht erforderlich, wenngleich eine solche im Interesse des Zessionars liegt, da sonst der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten könnte (§§ 407 Abs. 1, 410).

Die Forderungsübertragung kann nun in dreifacher Art erfolgen, die auch schon das römische Recht für die Übertragung zwar nicht der Forderung, so doch des Ausübungsrechtes kannte: 1. durch einen Vertrag (Abtretung), 2. durch richterliche Verfügung, 3. durch Gesetz.

Den praktischen Hauptfall bildet die Übertragung einer Forderung durch Vertrag. Die für dieses Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften sind vom Gesetz auf die beiden andern Fälle grundsätzlich für anwendbar erklärt (§ 412).

Der Forderungsübergang durch richterliche Verfügung ist in der Zivilprozeßordnung geregelt. Der Gläubiger kann die beim Schuldner gepfändete Geldforderung nach seiner Wahl sich zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen (§ 835 Abs. I ZPO.) Bei einer Überweisung zur Einziehung geht die Forderung auf den Gläubiger nicht über, während das bei einer Überweisung an Zahlungsstatt aber der Fall ist. (§ 835 Abs. 2 ZPO.) In letzterem Falle werden die bei einer freiwilligen Abtretung erforderlichen förmlichen Erklärungen des Zedenten durch den Überweisungsbeschluß ersetzt (§ 836 Abs. 1 ZPO). Die Forderung geht auf den neuen Gläubiger mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner über (§ 835 Abs. 3 ZPO).

Bei der Forderungsübertragung bleibt die Forderung trotz des Überganges auf einen neuen Gläubiger inhaltlich dieselbe. Dasselbe Schuldverhältnis wird von der Person des bisherigen Gläubigers abgelöst und auf den neuen übertragen. Weil das Schuldverhältnis dasselbe bleibt, gehen die mit der abgetretenen Forderung verbundenen Pfandrechte, Hypotheken und Bürgschaften auf den neuen Gläubiger über. Dieses ist auch im § 401 Abs. 1 ausdrücklich vom Gesetz bestimmt.

§ 3. Der Begriff der Bürgschaftsschuld.

Die Bürgschaft ist kein neuzeitliches Rechtsinstitut, sie kam vielmehr schon im babylonischen, griechischen und römischen Rechte, andererseits im alten deutschen Rechte vor. Das klassische römische Recht kannte zwei Formen der Bürgschaft: die sponsio, eine Institution des jus civile, und die fide promissio, die auch Peregrinen

[1]) Allgemeines Landrecht von 1794, I, 11, § 393.

zugängig war. Da aber diese beiden Bürgschaftsformen höchstfalls für verborum obligationes eingegangen werden konnten, unvererblich waren und der sponsor und fidepromissor nach Ablauf von 2 Jahren frei wurden, war ihr Anwendungsgebiet sehr eingeengt, und sie genügten bei dem fortschreitenden Kreditverkehr nicht mehr. [1]) Es entstand somit als neue Bürgschaftsform die fideiussio, deren Entwicklung in die Zeit des ersten Jahrhunderts vor Christus gelegt wird. [2]) Justinian hat dann in der Folgezeit die fideiussio als einzige Bürgschaftsform aufrechterhalten; so ist sie allein im corpus juris civilis erwähnt. Die fideiussio, die unvererblich, unverjährbar und ebenfalls den Peregrinen zugänglich war, konnte für jede Verbindlichkeit übernommen werden. [3]) Sie stellte sich dar als einen in Form der Stipulation abgeschlossenen Vertrag, durch welchen der fideiussor neben die Schuld des Dritten zur Sicherung des Gläubigers trat. Durch den Bürgschaftsvertrag wurde eine eigene, selbständige Leistungspflicht des Bürgen begründet, und die Bürgschaftsschuld war daher von der Hauptschuld wohl zu unterscheiden. Als akzessorische Schuld war die fideiussio vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld abhängig. Die Bürgschaftsschuld gelangte nur dann zur Entstehung, wenn die Hauptschuld als Verbindlichkeit zu Recht besteht, und die Aufhebung der Hauptschuld bewirkte ipso iure den Untergang der Bürgschaft. [4]) Die Verpflichtung des fideiussor durfte bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht härter sein als die des Hauptschuldners. [5])

Im griechischen Rechte zeigte sich die Bürgschaft in der Form eines Garantieversprechens. Wenn der garantierte Erfolg dem Gläubiger entging, hatte er nach älterem griechischen Recht den Zugriff auf die Person des Bürgen, der wie ein Pfand verfiel. Dasselbe Recht galt noch in klassischer Zeit außerhalb des Privatrechts, so der Verfall von Leib und Leben bei Garantien im attischen Staatsrecht, ferner die Bestrafung des Bürgen im klassischen Strafrecht und zwar mit der Strafe, die den Schuldigen selbst getroffen hätte. In ältester Zeit der griechischen Rechtsentwicklung erfolgte der Zugriff gegen den Bürgen ohne Urteil, während im Privatrecht der klassischen Zeit der Gläubiger zunächst ein Urteil gegen den Bürgen erwirken mußte, um gegen ihn vorgehen zu können. Der Bürge wurde zu einer Leistung verurteilt, die in Attika zunächst nur in das Vermögen, erst später gegen die Person des Bürgen vollstreckt wurde. Der ursprüngliche Haftungsgedanke verblaßte allmählich und die Bürgschaft entwickelte sich vom Verfall der Person zur Leistungspflicht. Der Bürge erhielt zunächst durch eine besondere Abrede das Recht, sich von der Haftung

---

[1]) Hasenbalg, S. 6; Dernburg, Band II, § 76; Siber, Röm. R. S. 295; Sohm, S. 405.

[2]) Hasenbalg, S. 17; Girtanner, S. 91; Siber, Röm. R. S. 295; Sohm, S. 407; Rabel, S. 492.

[3]) In l. 1 D. 46, 1 heißt es: omni obligatione fideiussor accedere potest. Vgl. Geib, S. 53; Rabel, S. 492.

[4]) Geib, S. 77; Siber, Röm. R. S. 296; Sohm, S. 409.

[5]) Hasenbalg, S. 179 ff.; Geib, S. 86; Siber, S. 296; Sohm, S. 406; Rabel, S. 492.

bei Verfall freizukaufen, indem er an den Gläubiger die garantierte Leistung bewirkte. Bei dieser Abrede war in erster Linie Zahlung aus dem Vermögen des Schuldners zu verlangen und nur dann, wenn sie nicht zu erlangen war, verfiel der Bürge mit seiner Person. [1])

Fast die gleichen Rechtsgedanken wie das griechische Bürgschaftsrecht enthält das babylonisch-assyrische Bürgschaftsrecht. Hier sicherte der Bürge den Schuldner vor dem Gläubiger dadurch, daß er den Schuldner durch sein Eintreten dem Zugriffe des Gläubigers entzog. Die altbabylonische Rechtssprache kannte mehrere technische Bezeichnungen für Bürge, bürgen. So z. B.: „Der Bürge hält das Haupt des Schuldners". Der Bürge bewirkte, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber „sein Haupt erheben", d. h. sich vor ihm sicher wissen kann. [2]) In anderen Texten wird der Bürge als „Hand" bezeichnet. Der Bürge verpflichtete sich nämlich für den Schuldner durch einen Formalakt, der durch einen Handritus charakterisiert wurde.[3])

Nach den Rechtsquellen aus der Zeit des neubabylonischen Reiches garantierte der Bürge dem Gläubiger für die Exekutionsbereitschaft des Schuldners zur Personalexekution. Der Bürge war ein Art Vollstreckungsorgan des Gläubigers. Leistete der Schuldner weder rechtzeitig dem Gläubiger noch dem Bürgen, so war der Bürge dem Schuldner gegenüber berechtigt und dem Gläubiger gegenüber auch verpflichtet, den Schuldner als Exekutionsobjekt bereit zu stellen. War der Bürge hierzu nicht in der Lage, so war er nunmehr verpflichtet, sich selbst als Ersatzobjekt dem Gläubiger auszuliefern. In der Regel stand aber dem Bürgen die Befugnis zu, diese Rechtsfolge durch Erfüllung der Forderung des Gläubigers abzuwenden. Die Gestellung und Auslieferung des Schuldners trat allmählich an Bedeutung gegenüber dem subsidiären Erfüllungsversprechen zurück, namentlich aber seitdem mit diesem meistens die Zahlungsgarantie verbunden wurde. [4]) Die Bedeutung dieser Bürgschaftserscheinungen im griechischen und babylonischen Recht ist das Ergebnis einer seltenen Höhe der Rechtsentwicklung dieser Völker.

In bemerkenswerter Ähnlichkeit mit diesen Rechten und im Gegensatz zum römischen Recht ist die Stellung des Bürgen auch in den germanischen Rechten dadurch charakterisiert, daß er nicht Schuldner, sondern nur Hafter für die Erfüllung der Schuld durch den Bürgen war. Hierfür gab er entweder dem Gläubiger eine Sache als Pfand, oder er selbst wurde, indem er zum Geisel wurde und in seine Schuldknechtschaft trat, an Pfandesstatt — loco wadie gesetzt. [5]) Erfüllte nun der Schuldner nicht, so war der Bürge der Alleinhaftende. Der Schuldner hatte zwar das Recht, aber nicht die Pflicht, den Gläubiger durch Erfüllung zu befriedigen und den Bürgen zu befreien. Der Schuldner schuldete, der Bürge haftete. Der Bürge setzte seine Person

---

[1]) Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht, insbesondere S. 10, 193 ff.
[2]) Koschaker, Babyl.-Assyr. Bürgschaftsr. S. 6.
[3]) Koschaker, S. 16.
[4]) Koschaker, S. 75 ff.
[5]) Heusler, S. 241.

dafür ein, daß der Schuldner leistete, obwohl ihm die Schuld selbst eine materiell fremde war. Die älteste germanische Rechtsauffassung hatte somit den Sicherungszweck der Bürgschaft am strengsten und nachhaltigsten betont. Diese persönliche Haftung wurde erst mit der Zeit durch die vermögensrechtliche Haftung verdrängt. [1]) Erst im Mittelalter dringt bei den meisten Rechten die Auffassung durch, daß der Bürge regelmäßig nur neben dem Schuldner haftete, sei es, daß er als Gesamtschuldner in die Schuld eintrat, sei es, daß nunmehr der Schuldner als der Schuldende und zugleich als der zuerst Haftende erschien, während der Bürge nur noch subsidiär haftete. [2])

Was nun das geltende bürgerliche Recht anbetrifft, so hat die fideiussio ihren Weg über das gemeine Recht in das heutige gefunden.

Der § 765 Abs. 1 BGB gibt folgende Norm: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen".

Hiernach ist das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten Inhalt der Bürgschaftsschuld.

Nach der Auffassung des Gesetzes wird durch den Bürgschaftsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen also ein Schuldverhältnis und nicht ein bloßes Haftungsverhältnis begründet.

Man hat in Anlehnung an die Begriffe des germanischen Obligationenrechts von Schuld und Haftung annehmen wollen, der Bürge schulde überhaupt nicht, sondern hafte nur. [3]) Besonders Isay nennt die Bürgschaft „das typische Beispiel für das Auseinanderfallen von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis bezüglich ihres Subjekts". Hierbei versteht er unter haften das „Einstehensollen" im Gegensatz zum „Leistenmüssen". [4]) Abgesehen von der großen Streitfrage, ob auch die Lehre von der Selbständigkeit von Schuld und Haftung unser geltendes Recht beherrscht, die viele Anhänger, aber auch ebenso viele Gegner [5]) gefunden hat, so ist, selbst wenn man sich auf den Boden der Trennung von Schuld und Haftung stellen wollte, trotzdem die Ansicht zurückzuweisen, daß die Bürgschaft als ein Haftungsverhältnis anzusehen ist. Vielmehr ist nach den Bestimmungen des BGB die Bürgschaft als ein vollkommenes Schuldverhältnis aufzu-

---

[1]) Stobbe-Lehmann S. 363.

[2]) Stobbe-Lehmann S. 362 ff.

[3]) Isay in Ihering J. Bd. 48, S. 187 ff; Mark, JW. 1915, 311 ff.

[4]) Isay in Ihering J. Bd. 48, S. 187 ff,

[5]) Es besteht unter den Vertretern der Theorie von „Schuld" und „Haftung" keineswegs Einverständnis darüber, was Haftung zu nennen, und wie Haftung von Schuld abzugrenzen ist. Siehe Siber in Ihering J. Bd. 50 S. 56; vgl. hierzu auch Siber, Schuldrecht S. 6. ff und die dort angeführte Literatur.

fassen, was auch von der herrschenden Lehre anerkannt ist. [1]) Wenn das BGB die Ausdrücke „Verbindlichkeit", „Verpflichtung", „Schuld", „Forderung" gebraucht, so bedeutet dies regelmäßig nichts anderes als „Schuldverhältnis" im engeren Sinne bald vom Standpunkt des Schuldners, bald des Gläubigers aus betrachtet. [2]) Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist dann zu entnehmen, daß durch die Bürgschaftsübernahme ein Schuldverhältnis begründet wird. Gemäß § 765 ist der Bürge verpflichtet, einzustehen. Weiter heißt es: § 767: „Für die Verpflichtung" des Bürgen, § 769: mehrere Bürgen haften als Gesamtschuldner, § 773: die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen, wenn der Bürge sich als „Selbstschuldner" verbürgt hat. Die Verpflichtung des Bürgen wird behandelt nach den Regeln des Allgemeinen Teiles der Schuldverhältnisse, was nicht bestritten wird. Äußerlich kennzeichnet das Gesetz das Bürgschaftsverhältnis als Schuldverhältnis schon durch seine Eingliederung in den besonderen Teil der Schuldverhältnisse. [3])

Wenn soeben nachgewiesen wurde, daß der Bürge in Wirklichkeit schuldet und nicht nur haftet, so ist aber das Schuldverhältnis, welches durch die Bürgschaftsübernahme zwischen Gläubiger und Bürge begründet wird, wohl von demjenigen zu unterscheiden, welches zwischen Gläubiger und Schuldner besteht. Aus den Bestimmungen der §§ 766 Satz 2 und 773 Ziff. 1 wird nämlich gefolgert, daß der Bürge mit der Übernahme der Bürgschaft die Hauptverbindlichkeit schuldet und mithin die Bürgschaft als ein Gesamtschuldverhältnis anzusehen sei. [4]) Aus der Vorschrift des § 766, Satz 2, „wonach der Mangel der Form der Bürgschaft geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt", kann aber ohne weiteres nicht gefolgert werden, daß Hauptschuldner und Bürge dieselbe Leistung als Gesamtschuldner (§ 421) schulden. In § 773 Ziff. 1 ist zwar von dem Bürgen als Selbstschuldner die Rede. Hieraus ist aber keineswegs zu entnehmen, daß der Bürge Schuldner der Hauptschuld ist; es soll mit dieser Vorschrift nur gesagt werden, daß der Bürge das Recht, die Einrede der Vorausklage geltend zu machen, verliert. In den Motiven zum BGB heißt es deshalb auch: „Die Übernahme einer Bürgschaft als Selbstschuldner . . . . . ist nur als Übernahme einer gewöhnlichen Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu betrachten". [5])

---

[1]) Planck, II, 2. Vorbem. z. 18. Tit. II 1 c; Siber in Ihering J. Bd. 50 S. 106 ff.; Oertmann, II, Vorbem. 3 c vor § 241 S. 4; Reichel, S. 68 ff.; Westerkamp, S .150 f. S. 173, 391; Dernburg, II, 2 § 285; Gierke III, S. 775; Leonhard, S. 35; Staudinger, II, 3, Vorbem. zu 18 Tit. S. 1467; Enneccerus, I, 2, § 411. R. G. Komm. II. Vorbem. zum 18 Tit. S. 429; vgl. auch R. G. 53, 404; .R G. in JW. 1916, 905.

[2]) Siber in Ihering J. Bd. 50, S. 77.

[3]) Reichel, S. 73 ff.; Siber, Rechtszwang, S. 240; Siber, Schuldrecht, S. 164.

[4]) Seyfferth, S. 17; Hruza, S. 301: für den selstschuldnerischen Bürgen.

[5]) Motive Bd. II, S. 670. Siehe auch hierzu Manigk, Schuldübernahme in Handw. Buch d. Rechtsw. Bd. 5, S. 372.

Daß überhaupt ein Gesamtschuldverhältnis nicht durch die Bürgschaftsübernahme begründet werden kann, ergibt folgendes:

Nach der nunmehr unbestrittenen, herrschenden Lehre kann die Bürgschaft für Verpflichtungen aller Art, insbesondere auch für eine höchstpersönliche Leistung, die nicht auf Geld und andere vertretbare Sachen gerichtet ist, z. B. dafür, daß ein Maler das bestellte Bild malt, übernommen werden. [1]) Auch hier gilt der Satz des römischen Rechtes: „omni obligatione fideiussor accedere potest". Würde durch den Bürgschaftsvertrag ein Gesamtschuldverhältnis begründet werden, so müßte der Bürgschaftsvertrag nichtig sein, wenn auch der Bürge die höchstpersönliche Leistung des Hauptschuldners schulden würde. Denn eine solche Leistung zu erfüllen, ist dem Bürgen objektiv unmöglich, und der Bürgschaftsvertrag wäre nach § 306 nichtig, was aber widersinnig ist. [2])

Auch die Vorschriften der §§ 769 und 774 Abs. 2 sprechen gegen die Annahme einer Gesamtschuld. Würde nämlich jeder Bürge als Gesamtschuldner haften, so würde dieses auch bezüglich der Mitbürgen der Fall sein und die Vorschrift des § 769 wäre überhaupt nicht notwendig gewesen. Dasselbe würde von der Vorschrift des § 774 Abs. 2, „wonach die Mitbürgen einander nur nach § 426 haften", zu sagen sein. In den Motiven [3]) heißt es: „Die Schuld lehnt sich an den primären Leistungsinhalt der Hauptobligation an, deckt sich aber nicht damit. Auch die herrschende Lehre [4]) betont ausdrücklich, daß durch die Übernahme der Bürgschaft kein Gesamtschuldverhältnis begründet wird. Hiernach ist es zutreffend, wenn das Reichsgericht in Bd. 53, S. 404, ausdrücklich sagt, daß die Bestimmungen über die Gesamtschuld bei der Bürgschaft nur insoweit Anwendung finden, als bei den Bestimmungen über die Bürgschaft darauf Bezug genommen ist.

Nachdem klargelegt worden ist, daß der Bürge nicht die Hauptschuld schuldet, sondern eine selbständige, neben die Hauptschuld tretende Verpflichtung übernimmt, ergibt sich von selbst die Frage nach dem Inhalte dieser selbständigen Bürgenverpflichtung.

Der Bürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. (§ 765). Der Bürge will durch die Übernahme der Bürgschaft dem Gläubiger Sicherheit dafür geben, daß der Hauptschuldner seine Verpflichtung erfüllt. Hierbei muß aber unterscheiden werden zwischen einer Verpflichtung, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen, und einer Verpflichtung, für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ein-

---

[1]) Planck, II, 2, § 765 Anm. 7; Oertmann, II, Vorbem. 3 a zu § 765; Westerkamp, S. 155; Siber, Rechtszwang, S. 237; R. G. Kom. II, § 765, Anm. 3.

[2]) Siber, Rechtszwang, S. 238.

[3]) Mot. Bd. II, S. 670.

[4]) Planck, II, § 421, Anm. 1 a; Oertmann, II, Erläut. 3 b vor § 765; Gierke, III, S. 775, Anm. 33; Reichel, S. 74 ff.; Siber, Rechtszwang, S. 237, R. G. Kom. II, Vorbem. 1 zu 18. Tit. S. 429.

[5]) Westerkamp, S. 152.

zustehen. [5]) Einstehen für das pflichtgemäße Tun des Hauptschuldners ist aber der Inhalt der Bürgenverpflichtung und in diesem Einstehen liegt sein Leisten. [1]) Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Bürgschaft läßt die Verschiedenheit des Leistungsinhaltes der Bürgschaft und der Hauptschuld erkennen. Der § 668 des ersten Entwurfes des BGB, der dem § 765 entspricht, definierte die Bürgschaft dahin: „Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, die Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen, wenn die anderweitige Erfüllung derselben unterbleibt". Diese Fassung des § 668 E I bringt allerdings zum Ausdruck (rein wörtlich genommen), daß der Bürge die Verbindlichkeit des Hauptschuldners erfüllt. Aber das „Einstehen für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit" wird wohl von Anfang an von den Verfassern des Gesetzes als der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung gedacht sein. Denn die Fassungsänderung in § 765 ist nur als eine redaktionelle Veränderung der Redaktionskommission anzusehen und ohne materielle Bedeutung. Offenbar sollte durch die neue Änderung des § 668 im Sinne von § 765 der Charakter der Bürgschaft klarer, insbesondere auch die Verschiedenheit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld schärfer zum Ausdruck gebracht werden. [2]) Im praktischen Regelfall, daß der Hauptschuldner zur Zahlung von Geld oder einer anderen vertretbaren Leistung verpflichtet ist, wird der mit Erfolg in Anspruch genommene Bürge tatsächlich dasselbe leisten wie der Hauptschuldner. Theoretisch erfüllt er aber nicht die Hauptschuld, sondern die Bürgschaftsschuld.

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist somit festzustellen, daß der Bürge echter Schuldner, und zwar Schuldner einer eigenen Verbindlichkeit ist.

Aus den Worten der gesetzlichen Definition der Bürgschaft in § 765 ergibt sich aber als weiteres wesentliches Merkmal, daß die Bürgschaft entsprechend ihrem Sicherungszweck einen streng akzessorischen Charakter trägt. Dies bedeutet, daß sie im Entstehen, Umfang und Fortbestehen und Untergehen von der Hauptschuld abhängig ist. Westerkamp führt zum Wesen der Akzessorietät aus: „Bürgenhaftung ist Haftung nur nach Maßgabe des jeweiligen Bestandes und Umfanges der Hauptverbindlichkeit, nur eine die Sicherheit gewährende Haftung für das, worauf auch ein anderer haftet, nie mehr auf etwas anderes als dieser andere schuldet". [3]) „Die Wirksamkeit der akzessorischen Verbindlichkeit ist in ihrem Entstehen und Bestehen in Abhängigkeit von einer anderen Verbindlichkeit, sodaß sie deren Kraftfülle teilt, aber auch jeden Schwächegrad, sodaß also auch das Recht gegen einen akzessorisch Verpflichteten immer nur zur Voraussetzung hat, ein auf die Herbeiführung des gleichen Erfolges gerichtetes Recht gegen den anderen Verpflichteten. [4]) Sehr zutreffend kennzeichnet Reichel

---

[1]) Westerkamp, S. 159.
[2]) Westerkamp, S. 150 ff., 152.
[3]) Westerkamp, S. 77.
[4]) Westerkamp, S. 54.

das Wesen der Akzessorietät, sodaß es als sehr angebracht erscheint, auch diese Stellen wörtlich zu bringen: „Sowohl das Ob, als auch das Wann und wieviel der Bürgenschuld ist schlechterdings und fortgesetzt abhängig von dem Bestand und Umfang der Hauptschuld und folgt dieser wie dem Körper sein Schatten“. [1]) „Unter einem akzessorischen Schuldverhältnis versteht man ein mit einem „Hauptschuldverhältnis“ verknüpftes „Nebenschuldverhältnis“, ein Schuldverhältnis also, das seinen Zweck ausschließlich in jenem andern Schuldverhältnis findet, dessen Durchsetzung, Sicherung oder Erleichterung es dienen soll, und dessen jeweiliger Gestaltung es sich demzufolge allenthalben und in jedem Augenblick anpaßt. Da es seinen Zweck und Sinn aus dem Hauptzwecke der Obligation schöpft, so erscheint es gleichsam als ein Stern ohne eigenes Licht. Es empfängt sein Licht ausschließlich von der Hauptschuld und erlischt mit der Hauptschuld, sobald aus irgend einem Grunde die Hauptschuld ihr Licht verliert“. [2])

Zum akzessorischen Charakter der Bürgschaft, welcher auf der begrifflichen Beschränkung des Einstehens beruht, gehört, daß der Bürge nur dann zur Leistung verpflichtet ist, wenn auch der Hauptschuldner zur Leistung verpflichtet ist. Geht die Hauptschuld unter, so erlischt auch die Bürgschaft. Für den Umfang der Bürgenschuld ist die Hauptschuld maßgebend; der Bürge kann sich dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft entsprechend für nicht mehr verpflichten, als der Hauptschuldner schuldet. Hat sich aber der Bürge höher verpflichtet als die Hauptschuld beträgt, so ist die Bürgschaft keineswegs nichtig, sondern der Bürge steht denn eben aus der Bürgschaft nur mit soviel ein, als die Hauptschuld ausmacht. [3])

Nach dem Grundsatz der Akzessorietät sind dann noch einzelne Bestimmungen des Bürgschaftsrechtes ausgestaltet, nämlich die der §§ 767 Abs. 1 und 768 Satz 1: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend“ und „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.“ Auch die Motive betonen die akzessorische Natur der Bürgschaft. [4])

Zu erwähnen ist nun noch die eine gesetzliche Ausnahme von dem Prinzip der Akzessorietät, die durch den Sicherungszweck der Bürgschaft bedingt ist. Dies ist die Vorschrift des § 193, Satz 2 K. O., daß durch einen Zwangsvergleich die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen nicht berührt werden, daß also die Bürgschaft fortbesteht, obwohl die Hauptschuld erloschen ist. Westerkamp [5]) spricht hierzu „von dem höheren Prinzip der Bürgschaft dem Gläubiger Sicherheit gegen das Nichtleistenkönnen des Schuldners zu geben“, das in § 193 S. 2 K. O. den Grundsatz der Akzessorietät durchbrechen mußte. In der Vorschrift des § 768 Abs. 1 Satz 2, daß,

[1]) Reichel, S. 84.
[2]) Reichel, S. 83.
[3]) Westerkamp, S. 128; Reichel, S. 85.
[4]) Mot. Bd. II, S. 659.
[5]) Westerkamp, S. 136.

falls der Hauptschuldner stirbt, sich der Bürge nicht darauf berufen kann, daß der Erbe nur beschränkt haftet, sehen Planck [1]) und Westerkamp [2]) nur scheinbar eine Ausnahme von dem Grundsatze der Akzessorietät. Der innere Grund für diese scheinbare Ausnahme soll in der besonderen Gestaltung des Erbrechtes liegen. Die Hauptschuld sei in Wirklichkeit unverändert; als Träger der Hauptschuld erscheine, solange der Erbe beschränkt hafte, nicht dieser, sondern der Nachlaß als ein besonderes Vermögen, für dessen Unvermögen der Bürge einzustehen habe.

Aus den vorhergegangenen Erörterungen folgt ferner, daß die Leistungspflicht des Bürgen nicht von vorneherein an erster Stelle steht, sondern nur dann in Betracht kommt, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner bereits in Angriff genommen und Befriedigung von ihm nicht erhalten hat. Die Verpflichtung des Bürgen ist also auch eine subsidiäre. Der Grundsatz der Subsidiarität ergibt sich im Gesetze aus § 771, der dem Bürgen grundsätzlich die Einrede der Vorausklage gibt. Indessen ist die Einrede der Vorausklage in einer Reihe von Fällen ausgeschlossen, insbesondere dann, wenn der Bürge darauf verzichtet hat (sogen. selbstschuldnerischer Bürge § 773).

II. Teil

Die Hauptfrage:

Die Einwirkung der Forderungsübertragung auf die Bürgschaftsschuld.

§ 4.

Die Erklärung der Bestimmung des § 401 Abs. 1 BGB.

Der § 401 Abs. 1 bestimmt, daß mit der Abtretung der Forderung die dafür bestellten Hypotheken oder Pfandrechte, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den Zessionar übergehen. Einer besonderen Abtretung dieser Rechte bedarf es aber nicht. Der Übergang der Nebenrechte geschieht kraft Gesetzes. In solchem Falle läuft also ein rechtsgeschäftlicher Übergang der Hauptforderung und ein gesetzlicher Übergang der Nebenforderung nebeneinander her.

Die Vorschrift, daß die Nebenrechte mit der Hauptforderung auf den neuen Gläubiger übergehen, entspricht dem früheren gemeinen Recht. [3]) Der § 401 Abs. 1 stellt auch kein Sonderrecht dar, sondern er ergibt sich eigentlich schon aus dem Sukzessionsprinzip des § 398,

---

[1]) Planck, II, 2, Anm. 4 zu § 768.

[2]) Westerkamp, S. 87, 90.

[3]) l. l. 6, 23 pr. D 18, 4; Windscheid II, § 51 Nr. 2; Allgem. Landrecht I, 11, §§ 403 ff.; Sächs. G. B. § 954.

wie auch bereits auf Seite 4 der Abhandlung erwähnt worden ist.[1]) Die Fassung des § 401 könnte leicht zu der Ansicht führen, diese Bestimmung sei zwingender Natur, was aber unzweifelhaft nicht der Fall ist. In dem Motiven[2]) zum BGB ist ausdrücklich hervorgehoben, daß der zweite Satz des § 297, der in seinem Inhalt dem jetzigen § 401 Abs. 1 entspricht, keine lex absoluta enthält; vielmehr könnte im Einzelfalle, soweit dieses eben nach dem Gesetze möglich ist, der Übergang der Nebenrechte ausgeschlossen werden. Zudem ist aber nach der Interessenlage der beteiligten Parteien kein Grund ersichtlich, aus dem der Gesetzgeber hätte veranlaßt werden können, der Vorschrift zwingenden Charakter zu verleihen. Da es sich bei § 401 Abs. 1 somit um eine Dispositivvorschrift handelt, hindert sie als solche nicht die Abtretung der Forderung unter Ausschluß der aufgezählten Nebenrechte. Die Unzuläßigkeit solcher Vereinbarungen kann sich nur aus den Sondervorschriften über die einzelnen Sicherungsrechte ergeben. So ordnet das Gesetz in § 1153 Abs. 2 diesen Zusammenhang von Forderung und Hypothek als einen unlösbaren an. Der dispositive Charakter von § 401 Abs. 1 ist in Literatur und Praxis anerkannt worden.[3])

Die Vorschrift des § 401 ist nach § 412 auch beim Uebergang der Forderung kraft Gesetzes und beim Uebergange durch gerichtliche Ueberweisung an Zahlungsstatt entsprechend anzuwenden.

Im Zusammenhang hiermit soll daher an dieser Stelle auch die theoretische Schwierigkeit erwähnt werden, die das Verhältnis der §§ 774 Abs. 1, 412, 401 zu den §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 bietet, was bei dem Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen von Bedeutung ist. Auf diese Streitfrage kann in dieser Abhandlung nicht näher eingegangen werden. Gemäß §§ 774 Abs. 1, 412, 401 müßten die Nebenforderungen, also die Mitbürgschaften, in voller Höhe auf den Mitbürgen, der den Gläubiger bezahlt hat, übergehen, gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 nur, soweit der die Hauptschuld zahlende Mitbürge einen Ausgleichungsanspruch hat. Eine größere Anzahl von Schriftstellern[4]) haben sich auf den Standpunkt gestellt, die Akzessorien der Hauptforderung müßten nach §§ 774 Abs. 1, 412, 401 in voller Höhe übergehen, während sie den wegen der ganzen Forderung in Anspruch genommenen übrigen Mitbürgen eine Einrede geben, die ihnen das Recht geben soll, eine Leistung über ihren Anteil hinaus zu verweigern. Nach Tacken[5]) werden die Rechtsbeziehungen von Mitbürgen untereinander nach §§ 769, 774 Abs. 2, 426 geregelt und die Anwendung des § 401 scheidet, soweit Rechte gegen Mitbürgen

---

[1]) Reichel, S. 454; Oertmann, II, § 401, Anm. 2.

[2]) Motive Bd. II, S. 124.

[3]) Planck, II, 1, § 401, Anm. 1; Oertmann, II, § 401, Anm. 2; Endemann, I, § 152, 2; Gierke, III, S. 193, Anm. 65; Reichel, S. 457; Tacken, S. 18; Staudinger, II, 1, § 401, Anm. 1; Warneyer, Kom. I, § 401, Anm. 1; R. G. Kom. § 401, Anm. 1; R. G. 126, S. 384; Leipz. Z. 1917, Sp. 792.

[4]) Koban, S. 174, Anm. 2; Kremer, S. 202; Böethke, S. 857; Stammler, S. 203.

[5]) Tacken, S. 17 ff.

in Frage kommen, völlig aus. Planck [1]) kommt zu der Auffassung, daß der § 774 Abs. 2 nur auf § 426 Abs. 2 Bezug nehme und den Zweck habe, den durch §§ 412, 401 gegebenen Regreßanspruch auf die sich aus §§ 769, 421 Abs. 1 ergebenden Höhe einzuschränken. Jedenfalls herrscht in Literatur und Rechtsprechung [2]) Einigkeit darüber, daß die Forderungen gegen die Mitbürgen nur insoweit auf den zahlenden Mitbürgen übergehen, soweit diese dem Zahlenden zur Ausgleichung verpflichtet sind, also abzüglich seiner Quote.

§ 5. Die Möglichkeit der Uebertragung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung.

Da die Bestimmung des § 401 Abs. 1 nicht zwingender Natur ist, so läßt sie eine Parteivereinbarung dahin zu, daß die Bürgschaftsforderung trotz des Uebergangs der Hauptforderung nicht mitübergehen soll. Denkbar ist zunächst der Fall, daß die Bürgschaft eben nur unter ausdrücklicher Beschränkung auf einen bestimmten Gläubiger unter Ausschluß der Uebertragbarkeit übernommen worden ist. Im Falle einer solchen Vereinbarung gehen bei einer Abtretung der Forderung die Rechte aus der Bürgschaft unter entsprechender Anwendung des § 399 nicht mit über. Nach § 399 kann nämlich eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen wird. Die herrschende Meinung [3]) nimmt m. E. mit Recht an, daß eine Forderung, die vereinbarungsgemäß auf die Person eines bestimmten Gläubigers beschränkt ist, überhaupt nicht abgetreten werden kann; sie folgert dieses aus der Vorschrift des § 399, die eine Ausnahme von der Regel des § 137 enthält und als ein „dinglich" wirkendes Veräußerungsverbot anzusehen ist.

Da der Bürge, wie bereits im ersten Teil der Abhandlung dargetan worden ist, echter Schuldner, und zwar Schuldner der Bürgschaftsverbindlichkeit ist, so ist er auch dem Gläubiger gegenüber als Schuldner im Sinne der Vorschrift des § 399 anzusprechen.

Hat nun aber der Bürge ganz allgemein mit dem Gläubiger die Nichtabtretbarkeit vereinbart, so ist eine erfolgte Uebertragung der Bürgschaftsforderung nicht ohne weiteres nichtig, sondern nur dem Bürgen gegenüber relativ unwirksam (§ 135). Da nämlich die Nichtabtretbarkeit lediglich im Interesse des Bürgen vereinbart worden ist, so wird die Auslegung nach § 133 fast immer ergeben, daß dem Bürgen die Möglichkeit offen bleibt, nachträglich auf die Geltendmachung dieser Unwirksamkeit zu verzichten. Freilich wirkt dieser Verzicht nach der Ansicht des R. G. Kommentar [4]) nicht rückwirkend.

---

[1]) Planck, II, 2 § 774, Anm. 7.

[2]) Oertmann, II, § 774, Anm. 3 a; Gierke, III, S. 790; R. G. Kom. II, § 774, Anm. 5; R. G. 81, 414; 117, 1.

[3]) Planck, II, § 399, Anm. 2 und 3; Gierke, III, S. 201. R. G. Kom. § 399, Anm. 3; Leonhard, S. 659.

[4]) R. G. Kom. I, § 399, Anm. 1; § 135, Anm. 2; § 182, Anm. 1.

Im übrigen kann auf die wegen der Frage der Rückwirkung bestehenden Streitfragen nicht eingegangen werden.

Ebenso kann aber auch der Mitübergang der Bürgschaftsforderung durch Vertrag des Zedenten mit dem Zessionar ausgeschlossen werden. Weiterhin können auch der Hauptschuldner und der Gläubiger vereinbaren, daß bei einer etwaigen Forderungsübertragung die Bürgschaftsforderung nicht mitübergehen soll; es ist selbstverständlich, daß sich auch der Bürge auf diese zwischen Gläubiger und Hauptschuldner getroffene Abrede berufen kann. Allerdings wirkt eine Abrede der Nichtübertragbarkeit mit einem Dritten im Sinne von § 399 nur als geschäftliches Verbot im Sinne von § 137; eine derartige Abrede kann auf den Uebertragungsakt nicht unmittelbar einwirken, sie gibt nur dem in Anspruch genommenen Bürgen eine Einrede, die ihn zur Leistungsverweigerung berechtigt. Selbstverständlich ist es, daß die einmal vereinbarte Unabtretbarkeit nicht einseitig, sondern nur durch Vertrag wieder aufgehoben werden kann. [1])

Daß überhaupt die Nichtabtretbarkeit der Bürgschaftsforderung vereinbart werden kann, und eine etwaige trotzdem erfolgte Uebertragung derselben mit der Hauptforderung nichtig, bezw. relativ unwirksam ist, ist in Literatur und Rechtssprechung einstimmig anerkannt worden. [2])

Da es sich bei dem § 401 Abs. 1 um eine dispositive Gesetzesvorschrift handelt, muß eine Beschränkung der Uebertragung der Bürgschaftsforderung besonders vereinbart werden. Eine Beschränkung dieser Art kann jedoch allein daraus, daß in der Bürgschaftsurkunde der Gläubiger, dem gegenüber die Bürgschaft übernommen ist, namentlich bezeichnet ist, nicht geschlossen werden; denn diese Bezeichnung gehört zu der erforderlichen Bestimmtheit der Bürgschaftsurkunde. Die vereinbarte Nichtübertragbarkeit muß sich eben mit Sicherheit aus dem Bürgschaftsvertrage ergeben. [3])

Nach Staub-Koenige [4]) soll nun aber die Bürgschaft trotz Ausschluß der Abtretbarkeit gemäß § 405 auf den neuen Gläubiger auch dann übergehen, wenn in der bei der Abtretung vorgelegten Bürgschaftsurkunde die Nichtabtretbarkeit nicht ausgesprochen war, und der neue Gläubiger die Nichtabtretung weder kannte noch kennen mußte. Diese Ansicht ist m. E. nicht richtig. Denn die Bürgschaftserklärung ist keine über eine Schuld ausgestellte Urkunde, die gerade zum Beweise der Forderung bestimmt ist, im Sinne von § 405; sondern es handelt sich hierbei nur um die nach § 766 erforderliche schriftliche Bürgschaftserklärung, wonach der Bürge für eine fremde Schuld dem Gläubiger

[1]) Oertmann, II, § 399, Anm. 1 b.

[2]) Planck, II, 1, § 401, Anm. 1 c; Planck, II, 2, § 765, Anm. 13 a; v. Thur, Allgem. T. 1, S. 233/4; Oertmann, II, § 401, Anm. 2; Leonhard, S. 665; Enneccerus, I, 2, § 303, 3, 1 b; Endemann, I, § 152, 2; Gierke, III, S. 776; Reichel, S. 457; Kremer, S. 16; Flad, im Recht 1919, S. 201; R. G. Kom. 401, Anm. 1; Warneyer-Kom. I, § 401, Anm. 1; Bolze, Nr. 858; R. G. 85, 364; R. G. im Recht 1917, Nr. 1807, in Leipz. Z. 1917, S. 320.

[3]) R. G. im Recht 1908, S. 7.

[4]) Staub-Koenige, III, § 349, Anm. 3.

gegenüber einstehen will. Nach den Motiven beruht das Formerfordernis der Bürgschaft keineswegs auf der Auffassung des Bürgschaftsversprechens als eines abstrakten Schuldversprechens, sondern es soll wesentlich dem Zwecke dienen, übereilte leichtsinnige Bürgschaften zu verhüten. [1]) Ist aber eine schriftliche Niederlegung des Bürgschaftsvertrages in seiner Gesamtheit erfolgt oder hat der Bürge eine Urkunde gerade über die Bürgschaftsforderung mit allen Einzelheiten ausgestellt, so kann sich auch der Bürge auf die Unwirksamkeit der Abtretung nur berufen, wenn der Zessionar den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

Ist nun aber der Uebergang der Bürgschaftsforderung von den Parteien nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden, so vollzieht er sich gemäß der Vorschrift des § 401 Abs. 1 unabhängig von der Vorstellung und dem Willen der Parteien. Wenn sich der neue oder der alte Gläubiger über das Bestehen oder über die Zugehörigkeit der Bürgschaft zur abgetretenen Forderung geirrt haben, so kann eine Anfechtung um dessentwillen nach der Vorschrift des § 401 nicht erfolgen. Ebenso ist ein stillschweigender Vorbehalt des alten Gläubigers bezüglich der Bürgschaftsforderung belanglos. Denn die Bestimmung des § 401 ist dispositiv-legal. Bei der Feststellung der Folgen der Zession schließt sie sich zwar dem vermeintlichen und verkehrsmäßig üblichen Willen der Parteien an, stellt die Rechtsfolgen — und dies ist das Erhebliche — aber vom wirklichen Willen unabhängig. Daher ist ein Rechtsirrtum in dieser Richtung unerheblich. Er ist es deshalb, weil die von dem Urheber der Erklärung nicht in Betracht gezogenen Rechtsfolgen nicht „zum Inhalte der Erklärung“ gehören. [2]) In Hinsicht auf die Bestimmung des § 401 läßt sich daher auch noch heute sagen: „error iuris nocet“.

Es bliebe nunmehr unter diesem Abschnitte noch zu erörtern, wie eine erfolgte Beschränkung der Bürgschaft auf die Person des Gläubigers oder eine vereinbarte Nichtabtretbarkeit der Bürgschaftsforderung im Falle der Uebertragung der Forderung durch Gesetz oder durch richterliche Verfügung wirkt. Nach § 412 finden auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes die Vorschriften der §§ 399 — 404, 406 — 410 entsprechende Anwendung. Sonach findet in den Fällen, in welchen die Abtretung der Forderung ausgeschlossen ist, auch keine Uebertragung kraft gesetzlicher Vorschrift statt. Durch eine Vereinbarung der Nichtabtretbarkeit der Bürgschaftsforderung zwischen Bürgen und Gläubiger ist daher somit auch der Uebergang der Bürgschaftsforderung kraft Gesetzes ausgeschlossen, es sei denn, daß im Einzelfalle der gesetzlich bestimmte Forderungsübergang zwingend gemeint ist.

---

[1]) Motive, Bd. II, S. 660.

[2]) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 96 ff., siehe insbes. S. 98, 127, 268; Planck, I, § 119, Anm. V, 4; Staudinger, I, § 119, Anm. V, 2 b; R. G. Kom. I, § 119, Anm. 2; R. G. in Leipz. Z. 1917, S. 320; R. G. in Recht 1917, Nr. 1807.

Wird dagegen die Hauptforderung im Wege der Zwangsvollstreckung durch richterliche Verfügung gepfändet und „zur Einziehung" oder „an Zahlungsstatt" überwiesen, so wird die Pfändung der Bürgschaftsforderung durch die Vereinbarung der Nichtabtretbarkeit nicht ausgeschlossen. Nach § 851 Abs. 2 ZPO. kann eine nach § 399 nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der gepfändete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Auf derartige gerichtliche Ueberweisungen ist die Regelung des Ausschlusses der Forderungsabtretung nicht anwendbar. [1])

§ 6.
Das rechtliche Schicksal der Bürgschaftsschuld bei Uebertragung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung.

Nachdem im vorigen Abschnitt die Zession der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung als gültig anerkannt wurde, bleibt nunmehr das rechtliche Schicksal der Bürgschaftsordnung im Falle der bloßen Zession der Hauptforderung zu erörtern. Ist in einem solchen Fall die Bürgschaftsforderung zum Untergange verurteilt oder kann sie in der Person des Zedenten weiter bestehen?

Eine besondere gesetzliche Vorschrift über das Schicksal der Bürgschaftsforderung gibt es nicht. Dagegen ist hinsichtlich des Pfandrechts an beweglichen Sachen in § 1250 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen, daß, wenn bei Abtretung der Forderung der Uebergang eines für die Forderung bestellten Pfandrechtes ausgeschlossen wird, dieses Pfandrecht erlischt. Die ratio legis spricht dafür, daß das auch bei der Bürgschaft der Fall ist. Denn für die herangezogene Bestimmung ist offenbar der Charakter des Pfandrechts als eines akzessorischen Rechtes ausschlaggebend gewesen und diesen Charakter besitzt in gleichem Maße die Bürgschaft. [2]) Freilich wird man vielleicht nun gerade einwenden können, daß eben deshalb, weil eine entsprechende Bestimmung bei der Bürgschaft fehlt, die Bürgschaft selbständig bei dem Zedenten verbleiben kann. Diese für das Pfandrecht ausdrücklich hervorgehobene Regel brauchte aber im Gesetze bei der Bürgschaft deshalb keinen besonderen Ausdruck zu erhalten, weil die dauernde Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptforderung für ein alleiniges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten ein Hindernis bietet.

Wie bereits auf Seite 10 ff. dieser Abhandlung dargetan wurde, ist der akzessorische Charakter der Bürgschaft im BGB. besonders scharf ausgeprägt. Die Bürgschaft ist im Entstehen, Umfang, Fortbestehen und Untergehen von der Hauptschuld abhängig. Da nur für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit eingestanden wird, so ist die Bürgschaftsschuld, wie im § 767 als Folge ihrer Akzessorietät ausdrücklich ausgesprochen ist, vom jeweiligen Bestande der Hauptschuld abhängig. Sie kann auf Grund ihres akzessorischen Charakters nur

---

[1]) Kreß, S. 516; Oertmann, II, § 412, Anm. 2; Staudinger, II, 1, § 412, Anm. III.

[2]) Kremer, S. 16.

verbunden mit der Hauptschuld bestehen, deren Sicherung sie dient. Nur der für die Hauptschuld Berechtigte kann dem Bürgen als Gläubiger gegenüberstehen. Zutreffend sagt Kremer: [1] „Der Sicherungszweck, der alleinige Daseinszweck der Bürgschaft, gestattet es nicht, daß der Bürge einen anderen Gläubiger bekommt, als der Hauptschuldner. Die Forderung des X. kann nicht durch eine solche des Y. gesichert sein." Auch nach der in Literatur und Rechtssprechung [2] herrschenden Ansicht, erlischt bei Abtretung der Hauptforderung, unter Zurückbehaltung der Bürgschaftsforderung, letztere gerade infolge ihrer Abhängigkeit von der Hauptforderung.

In dem vom Reichsgericht in der Entscheidung in Bd. 85, S. 363 behandelten Falle der Abtretung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung ist angenommen worden, daß die Bürgschaft notwendig erlöschen muß, und zwar deshalb, weil nach § 767 die Bürgschaftsforderung nur verbunden mit der Hauptforderung bestehen kann. In dieser Entscheidung wird darauf hingewiesen, daß dieser Grundsatz hinsichtlich des Pfandrechts an beweglichen Sachen in § 1250 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen ist, und daß dieser Satz in gleicher Weise für das Recht aus einer Bürgschaft gelten muß. In § 767 ist allerdings nicht direkt ausgedrückt, daß eine Bürgschaft nur verbungen mit der Hauptforderung bestehen kann, sondern es heißt vielmehr: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend." Das Argument für ein Erlöschen der Bürgschaftsforderung allein aus dem § 767 zu entnehmen, ist daher, wie Reichel [3], Planck [4] und Enneccerus-Lehmann [5] zuzugeben ist, nicht zwingend, denn die Hauptschuld besteht ja noch, nur freilich für einen andern Gläubiger. Aber, wie bereits auf Seite 11 erwähnt wurde, ist gerade in dem § 767, 768 neben § 765 der Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft scharf ausgeprägt. Durch eine Bezugnahme auf diese Vorschriften soll, wie auch schon die Worte in der Angeführten Entscheidung [6] „nur verbunden mit der Hauptforderung bestehen kann", ausdrücken, gesagt werden, daß wegen der starken Abhängigkeit der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung ein alleiniges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten nicht möglich ist. Zutreffend sagt Kremer [7], daß die Bürgschaft, wenn sie in der Person des Zedenten weiter fortbestände, ihrem Zweck entfremdet werden wurde. Der Zweck der Bürgschaft ist nämlich das Einstehen des Bürgen für die Verpflichtung des Hau ptschuldners dessen

---

[1]) Kremer, S. 16.

[2]) Planck, II, Bd. 2, § 767, Anm. 13 a; Oertmann, II, § 401, Anm. 2; Crome, I, § 198, Anm. 27; Gierke, III, S. 776; Staudinger, II, 1, § 401, Anm. 3, II, 3, § 765, Anm. 6 f.; Heck, S. 197; Reichel, S. 457; Wendt, Arch. Civ. Prax. Bd. 100, S. 399; Kremer, S. 16; Flad, Recht 1919, S. 201; R. G. Kom. I, § 401, Anm. 1; R. G. 85, 363; R. G. in J. W. 1909, S. 428.

[3]) Reichel, S. 458.

[4]) Planck, II, 1, § 401, Anm. 1 c.

[5]) Enneccerus-Lehmann, II, § 80, Anm. 15.

[6]) R. G. 85, S. 363.

[7]) Kremer, S. 16.

Gläubiger gegenüber. Dieses Einstehen setzt daher notwendig voraus, daß der Gläubiger der Hauptforderung auch Gläubiger der Bürgschaftsforderung sein muß, andernfalls, daß die Bürgschaft ihrem Zweck entfremdet ist und sie, wie sich Reichel [1]) ausdrückt, „durch Erledigung erlischt."

Der weiteren Behauptung Reichels [2]) „die Bürgschaftsforderung ist gegenstandslos für den Zedenten; denn was soll dieser ein Interesse daran haben, daß einem Dritten erfüllt werde" ist, wenngleich ihr auch im allgemeinen zuzustimmen ist, nicht geeignet, ein Erlöschen der Bürgschaftsforderung zu beweisen, denn, es besteht in der Tat, was am Ende des Abschnittes noch erörtert werden wird, ein Interesse des Zedenten daran, daß der Zessionar den Gegenstand des abgetretenen Forderungsrechtes auch erhält.

Düringer-Hachenburg [3]) wollen die Abtretung der Hauptschuld ohne die Bürgschaftsschuld als eine Abrede des Zedenten mit dem Zessionar zu Gunsten des Bürgen auffassen, aus dem eine Einrede des Bürgen zur Leistungsverweigerung entsteht, die ihn solange schützt als Bürgschaftsforderung und Hauptforderung nicht vereinigt sind. Ohne nähere Begründung wird dort der Satz aufgestellt: „Ein Erlöschen der Bürgschaft kraft Gesetzes ist wie bei der Ausschließung des Pfandrechtes bei der Uebertragung nicht möglich." Diese Behauptung von Düringer-Hachenburg, die übrigens allein steht, vermag angesichts des Fehlens einer näheren Begründung den oben vertretenen Standpunkt nicht zu widerlegen.

Nach Planck-Siber [4]) soll die herrschende Meinung, daß bei Abtretung der Hauptforderung die Bürgschaftsforderung dem Zedenten nicht vorbehalten werden könnte, schwerlich zutreffend sein. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an, nach §§ 767, 768 hänge nur der Bestand der Bürgenschuld von dem der Hauptschuld ab; es bestehe kein Anlaß, diesen Grundsatz der Akzessorietät dahin zu erweitern, daß beide Forderungen auch nicht an verschiedene Gläubiger fallen könnten. Ihrem Zweck, die Hauptforderung zu sichern, diene die Bürgschaftsforderung nicht nur durch das Zugriffsrecht des Gläubigers auf den Bürgen, sondern auch schon dadurch, daß schon ihr Bestehen einen Druck auf den Hauptschuldner ausübe, was ebensogut möglich sei, wenn beide Forderungen nicht demselben Gläubiger zustehen würden.

Gegen diese Ansicht von Planck-Siber spricht zunächst die in dieser Arbeit vertretene und schon verschiedentlich hervorgehobene Auffassung von dem Inhalte und der strengen Akzessorietät der Bürgschaft. Es ist zwar bei seinen Ausführungen zuzugeben, daß ein Gläubiger ein Interesse daran haben kann, die Bürgschaftsforderung bei Abtretung der Hauptforderung zurückbehalten zu wollen, um sich die Entschließung über ihre nachträgliche Abtretung vorzubehalten.

---

[1]) Reichel, S. 457.
[2]) Reichel, S. 457.
[3]) Düringer-Hachenburg, II, § 349, Anm. 21.
[4]) Planck, II, 1, § 401, Anm. 1 c.

Daß dieses praktische Bedürfnis aber kein Grund dafür ist, ein selbständiges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten zu bejahen, wird späterhin noch eingehend erörtert werden.

Fr. Leonhard [1]) will es zulassen, daß der Anspruch gegen einen Bürgen trotz des engen Zusammenhanges, der zwischen beiden Forderungen besteht, selbständig bei Abtretung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten verbleibt. Als Begründung seiner Ansicht führt er an, daß ein praktisches Bedürfnis hierfür bestehe, und daß eine den §§ 1153 Abs. 2 und 1250 entsprechende Bestimmung bezüglich der Bürgschaft fehle. Im Eingang dieses Abschnittes wurde darauf hingewiesen, daß nach der Eigenart des Bürgschaftsverhältnisses sich eine solche Bestimmung erübrigt. Die Frage, ob ein praktisches Bedürfnis ein selbständiges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten erforderlich mache, wird unten untersucht werden.

Nach der bei v. Thur [2]) vertretenen Ansicht soll gegen die herrschende Meinung die Erwägung sprechen, daß ein Gläubiger, welcher zwei Gesamtschuldner hat, den einen Anspruch abtreten, den anderen für sich behalten kann. Er gibt zwar zu, daß für die herrschende Meinung die ratio spreche auf der das Erlöschen des Pfandrechts beruhe. Nach dieser kurzen Erörterung stellt er dann ohne jede weitere Begründung nur die einfache Frage: „Warum soll das bei Hauptforderung und Bürgschaftsforderung nicht möglich sein“?

Auch Kreß [3]) geht, wie v. Thur, in Anlehnung an ein Gesamtschuldverhältnis mit wenigen Worten darauf ein, daß der Zedent sich die Bürgschaftsforderung bei der Abtretung der Hauptforderung vorbehalten könnte. Der Bürge wäre dann nach seiner Ansicht zur Leistung an den Zedenten, der Schuldner zur Leistung an den Zessionar verpflichtet. Hierdurch bliebe die akzessorische Natur der Bürgschaft unberührt, und der Fall liege nicht anders, als wenn der Gläubiger die Forderung gegen den einen Gesamtschuldner abtrete und gegen den andern behalte. Aber Kreß scheint diese Konstruktion selbst nicht für sehr überzeugend zu halten. Denn er sagt weiter: „Eine solche Zerlegung der Einheitlichkeit ist schließlich rechtlich möglich; aber sie ist wirtschaftlich unzweckmäßig, künstlich und widerspricht dem regelmäßigen Willen der Beteiligten bei Begründung der Bürgschaft des Gesamtschuldverhältnisses“.

Diese Ansichten von v. Thur und Kreß sind aber aus folgenden Gründen auch rechtlich nicht haltbar.

Eine solche Trennung der Hauptforderung von der Bürgschaftsforderung würde nur so zu denken sein, daß Hauptschuldner und Bürge als Gesamtschuldner nunmehr Gesamtgläubigern, nämlich dem

---

[1]) Leonhard, S. 664. Was diesen sehr knapp und kurz begründeten Standpunkt von Leonhard anbetrifft, so wird abzuwarten sein, ob er in dem II. Teil seines Schuldrechts, bei Darstellung der Lehre von der Bürgschaft eine nähere Begründung seiner Ansicht geben wird.

[2]) v. Tuhr, Allg. T. I. S. 234.

[3]) Kreß, S. 508.

Zessionar und Zedenten gegenüberstehen. Gemäß § 428 würde die Leistung nur einmal zu bewirken sein. Hauptschuldner und Bürge hätten nur je einem der Gesamtschuldner einmal zu leisten; und zwar hätte die Leistung in der Weise zu erfolgen, daß der Bürge dem Zedenten, der Hauptschuldner dem Zessionar zu leisten verpflichtet wäre. Für die Forderungen an Gesamtschuldner ist die selbständige Trennung der Ansprüche in der Weise, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den einen Schuldner abtritt und den andern sich selbst vorbehält, allerdings bejaht worden. [1]) Letzteres muß aber bezüglich der Hauptforderung und der Bürgschaftsforderung verneint werden.

Westerkamp [2]) bezeichnet es gerade als charakteristisch für den Unterschied der Gesamtschuld von der Bürgschaft, daß eine solche Trennung von Hauptschuld und Bürgschaft nicht zulässig oder überhaupt nicht rechtlich möglich ist. Daß Westerkamp mit diesem Ausspruch Recht hat, soll nunmehr in folgendem bewiesen werden.

Wie bereits im I. Teil der Abhandlung auf Seite 9 ff. eingehend erörtert wurde, wird durch die Übernahme der Bürgschaft kein Gesamtschuldverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner begründet. Als Ergebnis wurde dort festgestellt, daß die Bestimmungen über die Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern nur insoweit Anwendung finden, als bei den Bestimmungen über die Bürgschaft darauf Bezug genommen ist. Man kann daher aus diesem Gesichtspunkte schon nicht das, was für Gesamtschuldverhältnisse gilt, einfach auf die Bürgschaft übertragen.

Insbesondere ist aber gegen die obige Auffassung bezüglich der Gesamtschuld bei der Bürgschaft die Selbständigkeit der Schuldverhältnisse ins Feld zu führen. Aber diese relative Selbständigkeit, wie sie sich bei einem Gesamtschuldverhältnisse ergibt, hat aber die Bürgschaftsschuld nicht; denn sie ist, wie schon des öfteren betont worden ist, eine streng akzessorische Schuld. Fernerhin würde überhaupt, dem Wesen der Bürgschaft entsprechend, der Zedent, ohne Inhaber der Hauptforderung zu sein, die Bürgschaftsforderung nicht geltend machen können. Zutreffend sagt Flad, [3]) daß mit jener Vervielfältigung der Gläubiger im übrigen der Fortbestand der der Bürgschaft eigentümlichen Abhängigkeit nur noch sehr künstlich zusammen zu denken sei.

Die Schaffung eines Gesamtschuldverhältnisses in obigem Sinne würde höchstens so zu denken sein, daß zwischen dem Bürgen durch Vertrag mit dem Zedenten, bezw. mit dem Schuldner anstelle des Bürgschaftsverhältnisses ein primäres Mitschuldverhältnis, wie es durch die sogenannte Schuldmitübernahme begründet werden kann, für den Bürgen geschaffen wird. Daß aber in der Tat jemals irgend ein Grund für eine derartige Vereinbarung besteht und sie überhaupt getroffen wird, halte ich rein praktisch für kaum denkbar. Der Bürge würde nämlich in einem solchen Falle die Schuld als eigene übernehmen,

---

[1]) Planck, II, 1, § 398, Anm. 4a; Binder, S. 592; Reichel, S. 459 ff.; Westerkamp, S. 390; J. W. 1905, S. 428; R. G. 32, S. 314.

[2]) Westerkamp, S. 390.

[3]) Flad, Recht 1919, S. 203.

während er bei der Bürgschaft für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners grundsätzlich sogar nur subsidiär einsteht. Daß lediglich durch die Zustimmung des Bürgen zur Abtretung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung und zum Verbleiben der letzteren bei dem Zedenten ein derartiges Mitschuldverhältnis geschaffen wird, ist nicht anzunehmen. Nach der durchweg vertretenen Ansicht [1]) wird man dann eine derartige Erklärung als Schuldmitübernahme auffassen können, wenn der Schuldübernehmer, hier also der Bürge, ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erfüllung des Schuldverhältnisses, dem er beitritt, hat.

Wenn aber mit v. Thur und Kreß anzunehmen ist, daß bei Abtretung der Hauptforderung unter Zurückbehaltung der Bürgschaftsforderung Bürge und Hauptschuldner nunmehr als Gesamtschuldner dem Zedenten und Zessionar gegenüberstehen, so würde zunächst der Zessionar als Gläubiger der Hauptforderung berechtigt sein, durch Rechtsgeschäft mit dem Schuldner die Hauptschuld aufzuheben, zu ändern oder sonstwie unwirksam zu machen; hierdurch würde auch die Forderung des Zedenten gegen den Bürgen ganz oder teilweise getilgt werden. Dieses würde allerdings auch nach den Vorschriften über die Gesamtschuld (§§ 422, 423) bei Forderungen gegen die Gesamtschuldner zutreffen. Darüber hinaus würden auch die im § 425 Abs. 2 hervorgehobenen Tatsachen, wie z. B. Unmöglichkeit der Leistung, sobald sie im Verhältnis des Hauptschuldners zum Zessionar eintreten, unmittelbar die bestehengebliebene Forderung des Zedenten gegen den Bürgen verändern; denn das Forderungsrecht gegen den Bürgen soll doch nach Ansicht der Gegner inhaltlich unverändert geblieben sein. Letztere Tatsache würde hinwiederum der Vorschrift des § 425 Abs. 2 widersprechen, also einer Vorschrift über Gesamtschuldverhältnisse. Weiterhin würde noch die Vorschrift des § 774 Abs. 1, wonach die Forderung bei Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen auf diesen übergeht, den Widerspruch ergeben, daß dieses bei Befriedigung des Zedenten durch den Bürgen nicht möglich ist, da der Zedent nicht Gläubiger dieser Forderung ist. [2])

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß es nach der Eigenart des Schuldverhältnisses der Bürgschaft nicht möglich ist, Bürge und Hauptschuldner als Gesamtschuldner zu behandeln.

Es bleibt zum Schlusse dieses Abschnittes nunmehr noch übrig, sich mit der von Enneccerus-Lehmann [3]) vertretenen Ansicht auseinanderzusetzen, wonach die Bürgschaftsforderung in der Art bei dem Zedenten bestehen bleiben soll, daß der Zedent von dem Bürgen die Leistung an den Zessionar verlangen kann. Zunächst ist auch ihm entgegenzuhalten, daß die strenge Akzessorietät der Bürgschaft, deren

---

[1]) Enneccerus, I, 2, § 308; Planck, II, 1, Vorbem. 3 a vor § 414; Leonhard, S. 703; Manigk, Schuldübernahme, S. 372; R. G. 127, 71; 118, 90.

[2]) Vergl. Flad, Recht 1919, S. 204.

[3]) Enneccerus-Lehmann, II, § 80, Anm. 15.

Folge nur der § 767 ist, ein selbständiges Bestehenbleiben der Bürgschaftsforderung grundsätzlich nicht zuläßt. Wenn er hierbei noch bemerkt, ein Analogieschluß aus § 1250 Abs. 2 treffe nicht zu, denn aus einem Pfandgegenstande könne man sich nur für eine eigene Forderung befriedigen, so ist dem folgendes entgegen zu halten. Der § 1250 Abs. 2 ist zum Vergleiche nur deshalb herangezogen worden, weil die Bürgschaft ebenso akzessorisch ist wie das Pfandrecht. Wenn Enneccerus sagt, eine Forderung auf Zahlung einer fremden Schuld enthalte nichts Widerspruchsvolles, so ist ihm dieses zuzugeben; denn eine Forderung auf Zahlung einer fremden Schuld kann allerdings begründet werden. Dieses müßte aber vor oder nach Abtretung der Forderung durch Vertrag zwischen Zedent und Bürge besonders vereinbart werden, und dieses Vertragsverhältnis würde an die Stelle des Bürgschaftsverhältnisses treten. Denn es liegt hier eine Inhaltsveränderung der Bürgschaftsschuld vor, die zwar vertraglich, aber nicht einseitig begründet werden kann. [1]) Aber auch hiermit ist die Frage nach einem Bestehenbleiben der Bürgschaft nicht entschieden. [2]) Nur der für die Hauptschuld Berechtigte kann dem Bürgen infolge der Akzessorietät der Bürgschaft als Gläubiger gegenüberstehen.

Ein wirtschaftliches Interesse dafür, daß der Bürge dem Zedenten für die Zahlung der Schuld an den Zessionar weiter haften soll, läßt sich in der Tat zwar denken. Enneccerus führt als Beispiel an, der Zedent müsse sich, wenn ein Freund von ihm sich für eine Forderung verbürgt habe, die Bürgschaftsforderung bei Abtretung der Hauptforderung mit der Wirkung vorbehalten können, daß nur der Zedent von ihm verlangen könne, die Schuld durch Zahlung an den Zessionar zu tilgen. Fernerhin kann der aus der Abtretung gewährleistungspflichtige Zedent ein Interesse daran haben, daß der Zessionar auch gegebenenfalls Befriedigung vom Bürgen erlangt. [3]) Daß aber gerade Enneccerus aus wirtschaftlichen Gründen ein selbständiges Bestehenbleiben der Bürgschaftsforderung verlangt, ist deshalb auffallend, weil m. E. dieser Zweck im Wege der gerade von ihm vertretenen „Einziehungsermächtigung" erreicht werden kann. In einem besonderen Abschnitt wird noch dargetan werden, daß die Erteilung einer Einziehungsermächtigung für die Bürgschaftsforderung möglich ist.

Der Standpunkt von Planck-Siber, F. Leonhard und v. Tuhr, nach denen ebenfalls ein praktisches Bedürfnis für ein selbständiges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten sprechen soll, ist nur insofern begründet als diese Autoren das Institut der „Einziehungsermächtigung" ablehnen, was ebenfalls noch zu erörtern sein wird.

---

[1]) Oertmann, II, 1, § 401, Anm. 2;
[2]) Kreß, S. 508.
[3]) Flad, Recht 1919, S. 205.

§ 7. Die Unwirksamkeit der Übertragung der Bürgschaftsforderung ohne die Hauptforderung.

Vor der Einführung des BGB ist die Frage nach der selbständigen Übertragung akzessorischer Rechte, insbesondere des Anspruchs aus der Bürgschaft lebhaft bestritten worden.

Von den Schriftstellern [1]) des preußischen Rechts ist diese Frage durchgehend verneint worden, und mit dieser Auffassung stimmt auch die Praxis des vormaligen preußischen Obertribunals [2]) überein.

In der Doktrin des Gemeinen Rechts gingen die Ansichten über eine selbständige Übertragung der Bürgschaftsforderung auseinander, obschon aber auch hier im allgemeinen die Nichtübertragbarkeit der Bürgschaftsforderung anerkannt war. [3])

Dieser demnach für das Geltungsgebiet des allgemeinen Landrechts und auch einer Reihe der gemeinrechtlichen Schriftsteller ausgesprochene Grundsatz, daß die Forderung aus der Bürgschaft ohne die durch sie gesicherte Hauptforderung wegen der Akzessorietät der Bürgschaft nicht wirksam übertragen werden kann, gilt auch für die Bürgschaft des BGB. Zwar sollen nach dem Standpunkt der Motive [4]) Nebenforderungen ohne die Hauptforderung übertragen werden können. Ausdrückliche Bestimmungen über die Abtretung der Bürgschaftsforderungen erschienen nicht geboten. Diese nur gelegentliche Stellungnahme der Motive scheint aber doch nicht eine wirkliche Beantwortung unserer Frage zu enthalten. M. E. wollten die Verfasser der Motive vielmehr den in dem heutigen § 401 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatz, daß es zur Übertragung der Nebenrechte eines besonderen Vertrages nicht bedarf, an dieser Stelle begründen. Der oben bereits wiederholt dargelegte strenge akzessorische Charakter der Bürgschaft nötigt auch hier zu der Folgerung, daß die selbständige Übertragung der Bürgschaftsforderung ebenso zu verneinen ist wie ein selbständiges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten bei Abtretung der Hauptforderung. Es mag hier im einzelnen wegen der Gründe, die infolge der Akzessorietät gegen die selbständige Übertragung der Bürgschaftsforderung sprechen, auf die im vorigen Abschnitt gemachten Ausführungen verwiesen werden. Bezüglich der Hypothek und des Pfandrechtes ist auch hier in §§ 1153, Abs. 2 und 1250, Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen worden, daß diese nicht ohne die Forderung übertragen werden können. Daß diese Vorschriften nicht etwa hindern, den gleichen Rechtsgedanken für die Bürgschaft entsprechend anzuwenden, ist gleichfalls oben dargetan worden. Im übrigen steht auch

---

[1]) Förster=Eccius, I. Bd. Preuß. Privatr. S. 649; Dernburg, Preuß. Privatr. II. Bd. S. 192.

[2]) Pr. O. Tr. 38, 37; 82, 132; vergl. insb. Striethorst Arch. 65, 229 und aus dem Gebiete des Allg. Landr. R. G. 15, 279, 33, 269.

[3]) Gegen die selbst. Übertragbarkeit: Mühlenbruch, S. 332, Puchta, Pand., II. Bd. S. 467, Sintenis, II. Bd. S. 861 Dernburg, II. Bd. § 50 Nr. 2 Für die selbständige Übertragbarkeit: Windscheid, Bd. II. S. 361, Vangerow, Bd. III, S. 108; vergl. auch Entscheid. Bayr. Ob. Landesg. vom 25. 10. 1897, Seuff. Arch. 53, 149.

[4]) Motive Bd. II. S. 121.

hier die in Literatur und Rechtsprechung herrschende Meinung [1]) auf dem Standpunkt, daß die Akzessorietät der Bürgschaft einer selbständigen Abtretung der Bürgschaftsforderung entgegensteht.

Aber auch aus einem andern Grunde ist die selbständige Übertragung der Bürgschaftsforderung nicht möglich. Diese kann ohne Änderung des Schuldverhältnisses, auf dem eben jene Bürgschaftsforderung beruht, nicht erfolgen. Denn der Bürge verpflichtet sich durch den Bürgschaftsvertrag dem Gläubiger eines Dritten gegenüber für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765). Nur der für die Verbindlichkeit des Dritten Berechtigte steht dem Bürgen als Gläubiger gegenüber. Infolge dieses in der Person des Gläubigers begründeten, besonderen Schuldverhältnisses ist die Verbindlichkeit, wenn ein anderer daraus als Gläubiger berechtigt wird, nicht mehr dieselbe, die der Bürge eingegangen ist. [2]) Planck-Siber [3]) nimmt an, daß bei Abtretung der Bürgschaftsforderung der Leistungsinhalt immer derselbe bleibt, solange die gesicherte Hauptforderung nur dieselbe ist. Dies ist an sich zutreffend; hierdurch wird aber nur die Unzuläßigkeit der Abtretung aus § 399 verneint. Denn, solange die Bürgschaftsforderung der Sicherung der gleichen Hauptforderung dient, ist ihr Leistungsinhalt derselbe, mag sie auch (und zwar zugleich mit der Hauptforderung) abgetreten werden. Könnte man dagegen die Bürgschaftsforderung allein abtreten, so würde sie nunmehr eine Inhaltsänderung erleiden, da der Bürge jetzt einem Dritten dafür einzustehen hätte, daß der Gläubiger der Hauptforderung wegen dieser von ihm zurückbehaltenen Forderung befriedigt werde. [4])

Kreß [5]) und v. Tuhr [6]), die, wie ebenfalls im vorhergehenden Abschnitt eingehend erörtert worden ist, unter dem Gesichtspunkt eines Gesamtschuldverhältnisses ein selbständiges Bestehenbleiben der Bürgschaftsforderung für möglich halten, kommen auf die alleinige Übertragung der Bürgschaftsforderung nicht zu sprechen. Sie werden sie allerdings von ihrem im vorigen Abschnitt erörterten Standpunkt billigen müssen. So hält auch v. Thur im allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts [7]) die selbständige Abtretung der Bürgschaftsforderung ebensogut für möglich, wie die Abtretung der Forderung gegen einen Gesamtschuldner. Desgleichen ist auch in einer Entscheidung, nämlich in der Entscheidung der IV. Zivilkammer des

---

[1]) Planck, II, 2, § 765, Anm. 13a. Oertmann, II, § 399, Anm. gb. Crome, II, § 198, 3. Gierke, III, S. 776, Anm. 43. Stammler, S. 191. Staudinger, II, 1, § 401, Anm. 3, II, 3, § 765, Anm. 6 f. Staub-Koenige, III, § 349, Anm. 3. Düringer-Hachenburg, § 349, Anm. 21. Dernburg, BGB. II, 2, § 285, I, 4. Bendix, Arch. bürg. Recht, 32, 325. Reichel, S. 448. Westerkamp, S. 390. Wendt, Arch. Civ. Prax. 100, 399. Kremer, S. 16. Flad, Recht 1919, S. 201. R.G.Kom. I, § 399, Anm. 4, II, § 767, Erl. 1, Warneyer Kom. I, S. 1322. R. G. in J. W. 1909, 685 f. R. G. in Rechtspr. 10, 392.

[2]) Planck, II, 2, § 765, Anm. 13a.

[3]) Planck (Siber), II, 1, § 401, Anm. 1 c.

[4]) Flad, Recht, 1919, S. 203.

[5]) Kreß, S. 508.

[6]) v. Thur, Allg. T. I, S. 234.

[7]) v. Tuhr, Schweiz. Obligationenr. II S. 730.

Landgerichts Hamburg vom 19. 2. 1904 [1]), die Möglichkeit einer selbstandigen Abtretung der Bürgschaftsforderung angenommen worden, und zwar mit der sich inhaltlich an den Standpunkt von v. Thur und Kreß anlehnenden Begründung. Zunächst ist gegenüber diesen Ansichten zu erwähnen, daß die bereits im vorigen Abschnitt dargelegten Gründe gegen die Anwendung der Vorschriften über Gesamtschuldverhältnisse auf die Bürgschaft auch für den hier in Frage stehenden Fall uneingeschränkt gelten. Aber auch die Akzessorietät der Bürgschaft verträgt sich nicht mit einer Verfielfältigung der Gläubiger. Die Rechtsstellung des Bürgen kann ohne seine Mitwirkung nicht in der Weise geändert werden, daß er nunmehr als Gesamtschuldner neben den Hauptschuldner tritt. Auch im Falle der Möglichkeit einer alleinigen Abtretung der Bürgschaftsforderung gleich wie einer Forderung gegen einen Gesamtschuldner würden infolge des inhaltlich unverändert gebliebenen Forderungsrechtes gegen den Bürgen die im § 425 Abs. 2 hervorgehobenen Tatsachen, wie z. B. objektive Unmöglichkeit der Leistung, in der Person des Hauptschuldners begründet, unmittelbar den Inhalt der Bürgschaftsforderung im Verhältnis zum Zedenten verändern. Diese Sachlage würde aber nicht mit dem rechtlichen Wesen der Abtretung vereinbar sein, wonach der Zessionar gleich mit der Abtretung Gläubiger werden, während der Zedent aufhören soll, es zu sein. [2])

Die Stellungnahme von Enneccerus-Lehmann [3]) zu der in diesem Abschnitt zur Erörterung stehenden Frage in der bereits im vorigen Abschnitt genannten Anmerkung von ihm ist sehr kurz und unbegründet. Er sagt: „Flad, erklärt die Zession der Bürgschaftsforderung für unmöglich, was gleichfalls abzulehnen ist". Hierbei soll aber nicht unerwähnt bleiben, daß er bei Darstellung der Bürgschaft wörtlich folgenden Standpunkt vertritt. [4]) „Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaftsforderung folgt ferner, daß sie nicht allein ohne die Hauptforderung abgetreten, gepfändet oder gekündigt werden kann".

Leonhard [5]) und Planck-Siber [6]), die ebenfalls für eine alleinige Abtretung der Bürgschaftsforderung eintreten, begründen ihre Ansicht zu diesem Punkte in rechtlicher Hinsicht genau so wie die zu der Frage des selbständigen Verbleibens der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten.

Planck-Siber führt für seine Ansicht noch folgenden praktischen Fall, der aus einem ganz besonderen praktischen Bedürfnis für die selbständige Abtretung der Bürgschaftsforderung sprechen soll, an. Vor allem spreche gegen die herrschende Meinung, daß danach die selbständige Pfändung der Bürgschaftsforderung unmöglich wäre (Z. P. O. § 851; J. W. 09, 685 f.). Wenn nämlich der Hauptschuldner flüchtig

---

[1]) Hanseat. Gerichtsz. 1905, Beibl. S. 30 ff.
[2]) Flad, Recht, 1919 Seite 203, 4.
[3]) Enneccerus-Lehmann II, § 80 Anm. 15.
[4]) Enneccerus-Lehmann II, § 189, II, 6.
[5]) Leonard S. 664.
[6]) Planck, II, 1 § 401 Anm. 1 c.

sei, so könne auch die Pfändung der Bürgschaftsforderung erst wirksam werden, wenn der Pfändungsbeschluß dem Hauptschuldner öffentlich zugestellt worden sei (Z. P. O. § 829, Abs. 3), und der Pfändungsgläubiger müsse inzwischen ruhig zusehen, wie sich der Bürge seines letzten Vermögensstückes entäußert habe.

Diesem Argument von Planck-Siber kann Entscheidendes nicht entgegengehalten werden. Jedoch erschiene es verfehlt, wegen dieses immerhin selten vorkommenden Falles das Prinzip der Akzessorietät aufgeben zu wollen. In den übrigen Fällen, aus denen Planck-Siber eine praktische Notwendigkeit zur selbständigen Bürgschaftsübertragung herleiten will, ist, wie wir noch sehen werden, eine selbständige Uebertragung der Bürgschaftsforderung aus Gründen einer praktischen Hilfe nicht nötig. Er führt folgende Fälle an: Der Gläubiger könne ein Interesse daran haben, die Bürgschaftsforderung allein abzutreten, weil der Bürge „materiell" Hauptschuldner sei, und weil er die Inanspruchnahme des Hauptschuldners einstweilen verhindern wolle; oder weil die Rechtsverfolgung durch Abtretung an ein ausländisches Inkassobüro erleichtert werde, während kein Grund bestehe, diesem auch die Forderung gegen den inländischen Hauptschuldner abzutreten. Man wird aber m. E. die Unnötigkeit dieser Transaktionen dann feststellen können, wenn man der „Einziehungsermächtigung der Bürgschaftsforderung" die rechtliche Wirksamkeit nicht versagen kann, was im nächsten Abschnitt besonders erörtert werden wird. Ist aber von den Parteien eine Abtretung der Bürgschaftsforderung vereinbart und diese nach dem hier vertretenen Standpunkt nichtig, so wird wohl zumeist im Wege der Konversion gemäß § 140 die Einziehungsermächtigung anstelle der nichtigen Abtretung treten können. Ein Erlöschen der Bürgschaftsschuld bei einer etwaigen nichtigen Abtretung derselben kommt jedenfalls nicht in Frage, weil infolge der Unwirksamkeit der vereinbarten alleinigen Abtretung der Bürgschaftsforderung eine Trennung derselben von der Hauptforderung nicht eingetreten ist. Beide Forderungen verbleiben somit dem Gläubiger (vermeintlichen Zedenten der Bürgschaftsforderung). [1])

In vielen Fällen, in denen die Hauptforderung einen völlig unrealisierbaren Wert hat, — sei es, daß der Hauptschuldner in Verzug oder in Konkurs geraten ist — wird es sich herausstellen, daß in Wirklichkeit die Hauptforderung mitabgetreten ist; sie ist nur deswegen nicht ausdrücklich erwähnt, weil sie keinen verfolgbaren Vermögenswert mehr hat. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß der Zedent für die Abtretung der Bürgschaftsforderung vom Zessionar eine Geldzahlung erhält. Da diese Zahlung nicht im Namen oder auf Rechnung des Bürgen als debitor cessus, sondern zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Zessionars dem Zedenten gegenüber aus dem Abtretungsvertrage erfolgt, so kann sie nicht als Tilgung der Bürgschaftsfordernng

[1]) Flad, Recht, 1919, S. 205, vergl. Reichel, S. 459: „Die Separatzession der Bürgschaftsforderung ..... gibt nichts dem Zessionar und nimmt nichts dem Zedenteu".

angesehen werden. Gerade in diesem Falle, wo der Zedent eine Gegenleistung bekommen hat, wird man meistens bei richtiger Willensauslegung (§ 133) feststellen können, daß die Hauptforderung mitabgetreten ist, da der Zedent kein Interesse mehr daran hat, sich die Hauptforderung vorzubehalten. [1])

§ 8. Die Erteilung einer Einziehungsermächtigung für die Bürgschaftsforderung.

Unter der „Einziehungsermächtigung" ist eine „Uebertragung des Forderungsrechtes" dergestalt zu verstehen, daß der Gläubiger der Berechtigte der Forderung bleibt und der Dritte trotzdem die Forderung in eigenem Namen geltend machen kann. Bei der Einziehungsermächtigung tritt der Gläubiger seine Forderung nicht ab, sondern es geht auf den Dritten nur die Befugnis über, die Forderung einzuziehen, gegebenenfalls auch einzuklagen. Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung und ihre rechtliche Konstruktion ist noch stark umstritten. Da im Rahmen dieser Abhandlung auf die vielen Streitfragen über die Einziehungsermächtigung nicht eingegangen werden kann, soll in folgendem in einer kurzen Uebersicht nur dargestellt werden, daß ihre Zulässigkeit in der Literatur, aber ganz besonders in der Rechtsprechung, wenn auch mit den verschiedensten, zum Teil unklaren und sich widersprechenden Entscheidungen, anerkannt ist. [2])

Zunächst lassen sich aus der Rechtsgeschichte Anhaltspunkte für eine Einziehungsermächtigung entnehmen. Es wird aber genügen, hinsichtlich dieser auf die bereits in § 1 der Abhandlung dargestellte Entwicklung der Zession im Römischen Recht zu verweisen, insbesondere auf die Stellung des prokuratur ad agendum in rem suam. Die römische Zession ist die Einziehungsermächtigung selbst, nämlich die Uebertragung des selbständigen Rechtes, eine fremde Forderung in eigenem Namen einzuziehen. [3])

Wir wenden uns nunmehr der Darstellung der bisher in der Rechtsprechung für die Wirksamkeit der Einziehungsermächtigung vorgebrachten Argumente zu. Der Reichsgerichtsrätekommentar [4]) kennzeichnet die Stellung des Reichsgerichts zur Einziehungsermächtigung folgendermaßen: „Möglich ist auch lediglich das Verfügungsrecht über die Forderungen, oder ein Recht, insbesondere die Klagebefugnis, derart abzutreten, daß das Gläubigerrecht dem Zedenten selbst verbleibt und der Zessionar das ihm übertragene Recht zwar in eigenem Namen und in eigenem Interesse, aber doch für fremde Rechnung als ein fremdes einzuziehen, berechtigt ist." In der Entscheidung in Bd. 25, S. 207, nimmt das Reichsgericht zum ersten Male grundlegend zu der vorliegenden Frage Stellung. So spricht die Entscheidung von einer „erweiterten" Auffassung des Zessionsbegriffes,

---

[1]) Flad, Recht 1919, S. 205.
[2]) Vergl. Siber, Schuldrecht, S. 145, f. insbes. Anm. 8.
[3]) Enneccerus-Lehmann II, § 80, 2.
[4]) R. G. Kom. § 398, 1.

nach welchem darunter auch die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung in eigenem Namen unter Zurückbehaltung der materiellen Gläubigerschaft fällt und die auch der geschichtlichen Entwicklung nicht widerspricht. An dieser Entscheidung knüpft die Entscheidung in Bd. 53, S. 417 an, die ausführt, das Gläubigerrecht sei dem Zessionar übertragen, um ihn dem Schuldner gegenüber als Gläubiger zu legitimieren, ohne daß die Forderung in sein Vermögen überginge. [1]) In einigen weiteren Entscheidungen nehmen die obersten Gerichte [2]) ein Vollmachtsverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar an, was aber deshalb nicht richtig ist, weil in diesen Entscheidungen der Kläger in eigenem Namen klagt; dagegen besteht aber das Wesen der Vollmacht gerade darin, daß der Bevollmächtigte in fremden Namen und nicht in eigenem auftritt. Auch die Begründung der Zulässigkeit einer Einziehungsermächtigung mit dem § 409, die das Reichsgericht in Band 53, S. 417 vertritt, geht m. E. fehl. Denn diese Gesetzesbestimmung ist nur zum Schutze des Schuldners gegeben, kann daher auch keinenfalls gegen den Schuldner wirken und einem Dritten mehr Rechte verschaffen, als er wirklich hat. [3])

In einigen anderen Entscheidungen [4]) will das Reichsgericht die Wirksamkeit der Einziehungsermächtigung aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im Schuldrecht folgern. Diese Ansicht des Reichsgericht wird auch von Staub [5]) geteilt. Dieser Meinung wird man ebenfalls nicht beitreten können. Denn der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt nur für Verpflichtungsgeschäfte und ist dort nicht anwendbar, wo eine Rechtsstellung begründet wird, wodurch eben ein Nichtgläubiger gegen einen Schuldner als Gläubiger auftreten soll.

Während nach den früheren Entscheidungen das Reichsgericht die Einziehungsermächtigung ohne Einschränkung für zuläßig erklärte, ist es jetzt dazu übergegangen, das Klagerecht in eigenem Namen dem Kläger nur dann zuzuerkennen, „wenn ein schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung in eigenem Namen besteht“. [6]) Dieses Rechtsschutzinteresse ist immer nach Lage des Falles zu beurteilen. Es ist z. B. dann gegeben, wenn der Ertrag einer Forderung, die an sich nicht abtretbar ist, einem andern zugewendet werden soll. [7]) In J. W. 1916, S. 959, erkennt das Reichsgericht ein Rechtsschutzinteresse dann an, wenn sich der Zedent dem Zessionar gegenüber verpflichtet hat, die Forderung selbst in eigenem Namen einzuziehen und den Betrag an ihn abzuführen.

---

[1]) Vergl. auch Gruchot, 55, 634.
[2]) R. G. in Leipz. Z. 1908, S. 454; J. W. 1910, 1001.
[3]) Jander, J. W. 1913, S. 471; Mangold, S. 17.
[4]) R. G. 53, 418, 73, 308, J. W. 1916, 959. R. G. 91, 390.
[5]) Staub-Koenige, II, § 222, Anm. 16.
Staub-Koenige, III, § 368, Anm. 116.
[6]) R. G. 52, 216; 53, 417, 91, 390.
[7]) R. G. 73, 306.

Das Reichsgericht scheint daher nach seinen letzten Entscheidungen und nach den Ausführungen im Reichsgerichtsrätekommentar die Einziehungsermächtigung ganz in der Klageermächtigung aufgehen zu lassen. Die Rechtssprechung des Reichsgerichts ist hiermit der Lehre sehr nahe gekommen, die meiner Ansicht nach mit Recht die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung aus § 185 Abs. 1 begründet. [1])

Zu Unrecht beruft sich Siber [2]) auf RG. Bd. 99, S. 142 und 107, S. 134, aus denen er folgern will, daß das Reichsgericht neuerdings die Möglichkeit einer Einziehungsermächtigung verneine. Dies erscheint deshalb nicht zutreffend, weil in beiden Fällen von den Parteien keine Einziehungsermächtigung, sondern eine Inkassozession gewollt war. Bei dieser liegt eine volle Abtretung des Forderungsrechtes vor, verbunden mit der obligatorischen Verpflichtung des Erwerbers, den eingezogenen Schuldbetrag an den Zedenten herauszugeben. Hier wollen im Gegensatz zur bloßen Einziehungsermächtigung die Parteien den vollen Uebergang des Rechtes.

In § 185 Abs. 1 erkennt das Gesetz ausdrücklich an, daß ein anderer als der Inhaber des materiellen Rechtes das Recht in eigenem Namen unter gewissen Voraussetzungen ausüben darf. Diese Vorschrift bestimmt nämlich: „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.“ Die Einziehung einer Forderung stellt eine Verfügung dar. Die Verfügung ist nämlich ein Rechtsakt, durch den ein Recht unmittelbar belastet, übertragen, verändert oder aufgehoben wird. [3]) Durch die Annahme der geschuldeten Leistung wird aber die Forderung zum Erlöschen gebracht (§ 362). Bei der Verfügung eines Nichtberechtigten im Sinne von § 185 tritt der Nichtberechtigte in eigenem Namen auf, und die Verfügung des Nichtberechtigten wird wirksam, wenn der Berechtigte einwilligt. Es ist also dem Gläubiger einer Forderung möglich, seine Einwilligung einem Dritten zu geben, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen. Diese Einwilligung zur Einziehung ist aber die Einziehungsermächtigung selbst, d. h. die Erteilung der Befugnis an einen Dritten, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen. [4])

Nun folgt aus § 185 nur, daß der Ermächtigte zur Annahme der Leistung befugt ist, nicht aber, daß er auch in der Lage ist, die Forderung gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen. Da die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung aber keine Verfügung ist, so ist deshalb der § 185 hier zur Begründung einer Klagebefugnis des Ermächtigten nicht unmittelbar anzuwenden. Das Gesetz kennt aber verschiedene Fälle, wo jemand ein eigenes Klagerecht hat, obwohl

---

[1]) Loebl, Arch. Civ. Prax. 129, S. 276.
[2]) Siber, Schuldrecht, S. 145, Anm. 8.
[3]) Staudinger, Bd. I, Einl. VIII, A, zum III. Abschn. S. 416.
[4]) Enneccerus, I, 2, § 303, IV, 2; Kreß, S. 518; Volmer, Gruchot, 57, 625 f.; Jander, J. W. 1913, S. 471; R. G. 73, 308; 53, 275; a. A. Leonhard, S. 675.

ihm auch nicht das betreffende Recht, sondern nur die Ausübungsbefugnis, bezw. Verwaltungsbefugnis zusteht (z. B. in § 1282 dem Pfändungsgläubiger einer fälligen Forderung, dem Ehemann in § 1380, 1443, der Ehefrau in § 1450; ferner §§ 835, 836 ZPO., wonach durch Überweisung zur Einziehung der Pfändungsgläubiger zur Einziehung der Forderung in eigenem Namen ermächtigt wird.) Eine Klagebefugnis des Einzugsberechtigten wird vor allen auch durch die praktischen Bedürfnisse des Verkehrs dringend erfordert, und sie entspricht auch dem Zwecke der Rechtsordnung. Wenn das Gesetz eine Einziehungsermächtigung billigt, so muß es insbesondere auch die Möglichkeit der gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung des Rechtes durch den Ermächtigten zulassen. [1])

Offenbar steht aber auch der analogen Anwendung des § 185 für die Begründung einer Klagebefugnis des Ermächtigten nichts im Wege. Denn die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung einer Forderung führt zur Verfügung, und man muß daher auch eine Einwilligung hierzu zulassen. [2])

Die rechtliche Möglichkeit der Einziehungsermächtigung und auch die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung derselben durch den Ermächtigten ist von einem großen Teil der Literatur und insbesondere von der Rechtsprechung — wenngleich man auch mit verschiedenen Begründungen ihre Zulässigkeit bejaht — anerkannt. [3])

Die Anerkennung der Einziehungsermächtigung hat dagegen bei einigen Schriftstellern lebhaften Widerspruch gefunden. Es soll daher noch, soweit es im Rahmen dieser Abhandlung möglich ist, auf die gegen die Wirksamkeit einer Einziehungsermächtigung vorgebrachten Einwände eingegangen werden, und zwar bezgl. der Schriftsteller, die eine Trennung der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung für möglich halten.

So hat sich v. Tuhr [4]) gegen die Konstruktion einer Einziehungsermächtigung gewandt, weil sie teils zu materiell unerwünschten Resultaten, teils zu einer für die Klarheit des Rechtes gefährlichen Denaturierung der Rechtsbegriffe führe. Er vertritt den Standpunkt, daß gewisse Rechtsgeschäfte eben für einen andern nur im Wege der Stellvertretung vorgenommen werden könnten. Wenn ein Dritter nämlich über eine fremde Forderung verfüge, so verfüge er immer, da er den Namen des für die Forderung Berechtigten nennen müsse, im Namen des Berechtigten. Die Konstruktion der Einziehungsermächtigung ließe sich daher nicht mit dem Grundbegriff

---

[1]) Schmidt, Gruchot, 57, S. 246.

[2]) Enneccerus, I, 1, § 175, 2 c; Jander, J. W. 1913, S. 471, Volmer, Gruchot, 57, S. 625; R. G. 73, S. 308; a. A. Schoeninger, S. 187; Ludewig, S. 31 ff.

[3]) Enneccerus-Lehmann, I, § 80, IV, 2; Staub-Koenige, III, § 368, Anm. 116; Kreß, S. 518; Gierke, S. 203, Anm. 112; Jander, J. W. 1913, S. 471; Schmidt, Gruchot, 57, S. 316; Ludewig, S. 30 ff; Loebl, Arch. Civ. Prax. 129, S. 257; R. G. Kom. I, § 398, Anm. 1; R. G. 53, 275; 73, 308; 91, 390; 94, 437; J. W. 1916, S. 959; Warneyer, Kom. I, § 398, Anm. II.

[4]) v. Tuhr, Allg. T. II, 1, S. 62, 376; II, 2, S. 189.

der Stellvertretung im BGB. vereinbaren. v. Tuhr [1]) sieht die Ermächtigung des Gläubigers zur Einziehung der Forderung immer als eine Erteilung der Vollmacht an. Diese Ansicht ist m. E. jedoch nicht zutreffend. Ein Dritter kann nämlich sehr wohl über eine fremde Forderung verfügen, ohne daß er dabei als Stellvertreter auftritt. Wie v. Tuhr selbst zugibt, ist dieses immer dann der Fall, wenn derjenige, der über die Forderung verfügt, sich selbst, obwohl es nicht zutrifft, als Gläubiger ausgibt. Sehr geignet für die Widerlegung der Ansicht v. Tuhr's ist das von Enneccerus [2]) angeführte Beispiel. Es ist jemand von seinem Bruder oder einem sonstigen Freunde schriftlich ermächtigt worden, eine diesem zustehende Forderung, falls er Geld braucht, abzutreten. Wenn nun dieser die Forderung verkauft und sie als eine seinem Bruder oder Freunde gehörige Forderung unter Vorlage des Ermächtigungsschreibens abtritt, so ist dieser nicht nur Verkäufer der Forderung, sondern auch Zedent. Dieser allein hat die Verpflichtungen, die dem Zedenten als solchen obliegen, insbesondere die Auskunftspflicht. Auch ließe sich noch folgendes Gegenargument anführen. Wenn ein Dritter immer nur als Stellvertreter eine fremde Forderung einziehen könnte, so würde er niemals Eigentümer des eingezogenen Geldes werden können. Aber es läßt sich sehr wohl denken, daß der Ermächtigende und der Ermächtigte gewollt haben, daß der Ermächtigte nur in eigenem Namen die Forderung einziehen soll und er vorläufiger Eigentümer des Geldes werden soll.[3])

Planck-Siber [4]) erklärt die Einziehungsermächtigung in jedem Falle für unzuläßig. Er begründet dies damit, daß das materielle Recht nicht die Zuläßigkeit einer einzelnen aus der Forderung abgespaltenen Befugnis ergebe. Dann hält er der Einziehungsbefugnis rechtspolitische Bedenken entgegen. Er ist der Meinung, daß die Einziehungsermächtigung zu sehr bedenklichen „Schiebungen" verwandt würde, so, nur die Vernehmung des eigentlichen Forderungsinhabers als Zeugen zu ermöglichen, oder einen Rechtsstreit des Einziehungsermächtigten im Armenrecht zu ermöglichen.

Dem juristischen Bedenken von Planck-Siber ist zunächst entgegenzuhalten, daß sich die rechtliche Möglichkeit der Einziehungsermächtigung schon aus der Folgerung „a majore ad minus" ergibt. Wenn nämlich das Forderungsrecht selbst übertragbar ist, so muß es erst recht die bloße Ausübung dieses Rechtes sein. Dazu kommt noch, daß das Gesetz nur bei unübertragbaren Rechten die Überlaßbarkeit ausdrücklich anordnet, (z. B. in § 1059 für den Nießbrauch), sie bei übertragbaren Rechten, also bei einer Forderung als eine selbstverständliche Regel ansieht. [5])

---

[1]) v. Tuhr, Allg. T. II, 1, S. 375.
[2]) Enneccerus, I, 2, § 303, Anm. 27.
[3]) Ludewig, S. 83.
[4]) Planck, II, 1, § 398, Anm. 1 b d ß; vgl. auch hierzu Siber, Schuldrecht, S. 145, insbes. Anm. 8.
[5]) Schmidt, Gruchot, 57, S. 243.

Die rechtspolitischen Bedenken von Planck-Siber können schon nach dem Gesetze und nach der Rechtssprechung nicht ausschlaggebend sein. Der Gesetzgeber hat den Aussagen des Zedenten und des am Ausgang des Rechtsstreites Interessierten nach den Vorschriften des § 394, Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. insofern einen minderen Wert beigelegt, weil sie unbeeidigt zu vernehmen sind. Eine Einziehungsermächtigung wird fernerhin dann als unzulässig angesehen, wenn sie in der Absicht der Benachteiligung des Schuldners vorgenommen ist. Im 91. Bd. S. 397 hat das Reichsgericht entschieden, daß das notwendige Rechtschutzinteresse dann nicht gegeben ist, wenn der Gläubiger nur das Interesse hat, im Rechtsstreit nicht hervorzutreten. Weiterhin vertritt die Rechtssprechung [1]) den Standpunkt, daß dem Einziehungsermächtigten das Armenrecht nur dann zu bewilligrn ist, wenn dieser ein eigenes Interesse an der Führung des Rechtsstreites hat; andernfalls ist ihm das Armenrecht zu verweigern. Mit diesen Gesichtspunkten dürfte die Praxis die oben erhobenen Bedenken beseitigt haben.

Sehr scharf ist Fr. Leonhard [2]) in seinem Schuldrecht der Auffassung von der Wirksamkeit einer Einziehungsermüchtigung entgegengetreten. Es würde hier zu weit führen, auf alle gegen die Einziehungsermächtigung vorgebrachten Gründe einzugehen, zumal die meisten Gegengründe schon im Laufe dieses Abschnitts erörtert worden sind. Aber es darf bei dem zur Bearbeitung gestellten Thema nicht unterlassen bleiben, zu der von Leonhard vertretenen Ansicht, die Einziehungsermächtigung sei in Wirklichkeit die Forderungsübertragung selbst, Stellung zu nehmen. Denn, wenn dies der Fall sein würde, wäre allerdings nicht die Möglichkeit gegeben, in den vorerwähnten Fällen eine Ermächtigung zur Einziehung der Bürgschaft zuzulassen.

Leonhard [3]) begründet seine Ansicht damit, daß die Forderung garnichts anderes sei, als das Recht, die Leistung von dem Schuldner zu verlangen. Wenn nun dieses Recht übertragen würde, so sei eben damit auch die Forderung übergegangen. Daher sei die Einziehungsermächtigung die Forderungsübertragung selber. Er behauptet, auch die Gegner würden dies dadurch anerkennen, daß sie eine Abtretung, bei der der Veräußerer sich das Einziehungsrecht dauernd vorbehalte, für unzulässig erklären. [4]) Dies beruhe auf dem Gedanken, daß, wer das Einziehungsrecht habe, auch Gläubiger der Forderung sei, und hieraus folge, daß die Übertragung der Einziehungsermächtigung in Wahrheit eine Abtretung sei.

Dieser Ansicht Leonhard's kann m. E. nicht zugestimmt werden, und zwar ergibt sich dieses aus der zweifachen Rechtsbeziehung des

---

[1]) Rechtspr. O. L. G. Bd. 25, S. 82; O. L. G. Stuttgart in Seuff. Arch. Bd. 54, S. 436.

[2]) Leonhard, § 345, 346, S. 674 ff.

[3]) Leonhard, S. 678.

[4]) Leonhard führt hierzu an: z. B. Enneccerus, I, 2, § 302, Anm. 2, R. G. 90, 276 ff; 92, 108 ff. 240.

Forderungsberechtigten zur Forderung in Verbindung mit der Rechtsnatur und Wirkung der Zession.

Der § 241 lautet: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Unter Forderungsrecht verstehen Enneccerus-Lehmann [1]) „das Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere Person, den Schuldner, auf Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses des Gläubigers"; „das Forderungsrecht richtet sich gegen eine bestimmte Person, den Schuldner, und unterscheidet sich durch seine Richtung gegen den Schuldner von dem absoluten, insbesondere dem dinglichen Rechte". Anders verhält sich aber die Bestimmung des § 398: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung)." Im § 398 wird das Forderungsrecht ganz anders angesehen als im § 241, der sich mit dem Inhalte der Forderung, den Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, befaßt, während im § 398 die Forderung als Gegenstand eines Rechtsgeschäftes betrachtet wird, durch das sie aus dem Vermögen eines Gläubigers in das eines anderen übertragen wird. [2]) Durch die Übertragung wird das Herrschaftsrecht an der Forderung geändert, das vielfach als „Eigentum an Forderungen" bezeichnet wird. Die Abtretung ist, weil sie unmittelbar den Übergang vom Zedenten auf den Zessionar bewirkt, als ein dinglicher Vertrag anzusehen. [3]) Wir haben daher zwei Rechtsbeziehungen des Forderungsberechtigten zur Forderung zu unterscheiden. Das Recht des Forderungsberechtigten wirkt sich sowohl in Richtung auf die Forderung selbst „als Abstraktum", als auch in Richtung auf den persönlichen Schuldner als Anspruchsgegner aus. Diese beiden Rechtsbeziehungen des Forderungsberechtigten kennzeichnen das Gläubigerrecht in seiner Gesamtheit, [4]) und sie gehen durch den Abtretungsvertrag auf den neuen Gläubiger über. Wenn Leonhard sagt, daß die Forderung nichts anderes sei als das Recht, die Leistung von dem Schuldner zu verlangen, so wird hiermit nur die eine Rechtsbeziehung des Forderungsberechtigten bezeichnet, nämlich die Beziehung zum persönlichen Schuldner als Anspruchsgegner. Leonhard erkennt selbst an, daß der Forderungsberechtigte Inhaber dieser beiden Rechtsbeziehungen ist; er nimmt gerade ein Eigentum an der Forderung an und bezeichnet die Forderungsübertragung als die Uebertragung eines dinglichen Rechtes. [5]) Er würde allerdings mit der Behauptung, die Einziehungsermächtigung sei die Forderungsübertragung selbst, dann Recht haben, wenn der Einziehungsermächtigte die Forderung nur in seinem eigenen Interesse einziehen und den Wert derselben dauernd für sich behalten sollte. Denn dann sind in Wirklichkeit beide Rechtsbeziehungen des Forderungsberechtigten, d. h. das Gläubigerrecht

[1]) Enneccerus-Lehmann, II, § 1.
[2]) Bähr, Jherings, J. Bd. 1, S. 354, Leonhard, S. 60, 262; Gierke III, S. 186.
[3]) Planck, II, 1, § 398, Anm. 2; Gierke, III, S. 186; Leonhard, S. 662; R. G. Kom. § 398, Anm. 1.
[4]) Kletke, S. 5.
[5]) Leonhard, S. 662, 61.

selbst, auf den Einziehungsermächtigten übergegangen; es ist tatsächlich ein Wechsel der Gläubigerschaft eingetreten. Auf diesem Gedanken beruht auch die Tatsache, daß, wenn bei der Zession vereinbart wird, daß dem Zedenten das Recht, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen, dauernd verbleiben soll, keine Zession vorliegt und die Forderung mithin nicht übergeht. [1] Denn in einem solchen Falle bleibt der Zedent in Wirklichkeit auch Gläubiger der Forderung, und es kann daher eine Abtretung nicht vorliegen.

Bei der Einziehungsermächtigung soll der Ermächtigte aber die Forderung in eigenem Namen für einen andern einziehen, nicht für sich. Es wird bei der Einziehungsermächtigung lediglich die Ausübung einer der beiden Rechtsbeziehungen des Forderungsberechtigten zur Forderung übertragen, und zwar die Ausübung des Forderungsrechtes, des Rechtes des Forderungsberechtigten in seiner Beziehung zum persönlichen Schuldner. [2] Das materielle Gläubigerrecht behält der alte Gläubiger, und dieser ist auch weiterhin verfügungsberechtigt an der Forderung, während eben der Einziehungsermächtigte nur die Befugnis zur Ausübung des Forderungsrechtes in eigenem Namen erhält. [3]

Einen derartigen Rechtszustand herbeizuführen, dahin geht bei der Einziehungsermächtigung auch der für eine rechtsgeschäftliche Wirkung gemäß § 133 BGB. erhebliche Wille der Parteien. Sie haben keineswegs einen Wechsel in der Person des Gläubigers und Übertragung des Gläubigerrechts auf den Ermächtigten gewollt. Die Einziehungsermächtigung kann daher nicht die Abtretung der Forderung selber bedeuten, und es kann bei der Einziehungsermächtigung einer Bürgschaftsforderung von einer Abtretung der Bürgschaftsforderung keine Rede sein.

Hiernach kommen wir zu dem Ergebnis, daß ein praktisches Bedürfnis für ein selbständiges Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten und für die Übertragung der Bürgschaftsforderung ohne die Hauptforderung nicht besteht, da dieses Ziel im Wege der Einziehungsermächtigung erreicht werden kann.

Das selbstständige Verbleiben der Bürgschaftsforderung bei dem Zedenten wäre folgendermaßen zu konstruieren. Die Hauptforderung würde mit der Bürgschaftsforderung abgetreten. Der Zessionar würde nun seinerseits auf den Zedenten das Recht, die Bürgschaftsforderung in eigenem Namen einzuziehen und gegebenenfalls auch einzuklagen, übertragen. Es kann sogar der Zedent vom Zessionar ermächtigt werden, die Bürgschaftsforderung in eigenem Namen mit dem Antrag auf Leistung an den Zessionar einzuklagen. In einem solchen Falle klagt der Zedent die Bürgschaftsforderung für fremde Rechnung kraft der ihm vom Zessionar erteilten Ermächtigung ein. Der siebente

---

[1] Enneccerus, I, 2, § 302, Anm. 2, R. G. 90, 276; 92, 108, 240.

[2] Jacobi, angef. bei Loebl, Arch. Civ. Prax. Bd. 129, S. 302, Anm. 47.

[3] Enneccerus, I, 2, § 303, IV, 2; Gierke, III, S. 203; Staub-Koenige, § 222, Anm. 116; Kreß, S. 518; Loebl, S. 286; Oertmann, II, 1, Vorbem. 12 a, vor § 398; R. G. Kom. § 398, Anm. 1; Wienstein, D. J. Z. 10. Jahrg., S. 833

Senat des Reichsgerichts hat auch in einer Entscheidung [1]) vom 8. Februar 1929 anerkannt, daß der Zedent mit Zustimmung des Zessionars den abgetretenen Anspruch in eigenem Namen mit dem Antrag auf Leistung an den neuen Gläubiger einklagen kann, sofern ein rechtsschutzbedürftiges Interesse vorliegt. In dieser Entscheidung beruft sich das R. G. auf die bereits früher ergangenen und schon im vorhergehenden Abschnitt erörterten Entscheidungen [2]) über die Wirksamkeit der Ermächtigung.

Umgekehrt ist es auch möglich, daß der Inhaber der Bürgschaftsforderung und Hauptforderung einen andern zur Einziehung und gegebenenfalls zur gerichtlichen Geltendmachung der Bürgschaftsforderung ermächtigt. Um gegen einen im Ausland wohnenden Bürgen vorgehen zu können, ist es daher garnicht notwendig, die Bürgschaftsforderung an ein ausländisches Inkassobüro abzutreten, sondern dieses Ziel läßt sich ebenso im Wege der Einziehungsermächtigung erreichen. Bei dieser Betrachtung müssen allerdings etwaige sich aus dem internationalen Privatrecht ergebende Zweifelsfragen unberücksichtigt bleiben.

Ob ein Rechtsschutzinteresse des Einziehungsermächtigten vorliegt, ist immer von Fall zu Fall zu entscheiden. Es wird zumeist in all den bereits erwähnten Fällen gegeben sein, da der Ermächtigte nämlich den eingezogenen Betrag der Bürgschaftsforderung an den Inhaber der Hauptforderung gemäß der Vereinbarung abführen soll. Denn das rechtliche Interesse an der Durchführung der Klage besteht eben in der Verpflichtung des zur Einziehung der Bürgschaftsforderung Ermächtigten, diese in eigenem Namen geltend zu machen. [3]) Das Rechtsschutzinteresse ergibt sich auch m. E. weiterhin daraus, daß, da eine Abtretung oder ein selbstständiges Verbleiben der Bürgschaftsforderung nicht möglich ist, dem Inhaber der Bürgschaftsforderung eine Möglichkeit gegeben werden muß, diese durch einen andern geltend machen zu lassen. In einem ähnlich gelegenen Falle, nämlich dem des Berichtigungsanspruches des Grundbuchs, dessen Abtretung nach geltendem Recht nicht mehr zuläßig ist, hat das Reichsgericht ein rechtsschutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an der klageweisen Geltendmachung des Rechtes in eigenem Namen bejaht. [4])

§ 9. Der Schutz des gutgläubig leistenden Bürgen gemäß § 407, Abs. 1 B. G. B.

Nachdem die Hauptforderung, für die sich jemand verbürgt hat, auf einen neuen Gläubiger übertragen worden ist, kann nun der Fall praktisch werden, daß der Bürge den neuen Gläubiger, den Zessionar, garnicht kennt. Es ist möglich, daß sowohl der Bürge als auch der Schuldner von der erfolgten Forderungsübertragung keine

[1]) Höchst, R. Rechtsspr. 1929, Nr. 1068.
[2]) J. W. 1916, S. 959; R. G. 53, 275, 411; 73, 308; 91, 394.
[3]) R. G. in J. W. 1916, S. 959.
[4]) R. G. 53, 408; 64, 166.

Kenntnis haben, oder daß der Schuldner davon Bescheid weiß und der Bürge nicht. Bei dieser Sachlage kann es sehr leicht vorkommen, daß der Bürge, insbesondere der selbstschuldnerische Bürge, ohne Kenntnis von der erfolgten Zession an den bisherigen Gläubiger, der mit der Abtretung gemäß § 398 schon die Befugnis zur Verfügung über die Forderung ohne Wissen des Bürgen verloren hat, leistet. Befreit nun eine solche Leistung des Bürgen an den bisherigen Gläubiger den Bürgen, oder muß dieser an den Zessionar noch einmal leisten?

Für den Schuldner der Hauptforderung ist dieser Fall im § 407 Abs. 1 eigenst geregelt, während eine entsprechende Regelung auf Seiten des Bürgen fehlt. Der § 407 Abs. 1 lautet: „Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäftes kennt.“ Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine Vorschrift lediglich zum Schutze des unwissenden Schuldners. Das Rechtsgefühl sagt uns aber, daß in gleicher Weise der Bürge, der die Abtretung nicht kennt, gegenüber dem neuen Gläubiger, der seinerseits noch einmal die Erfüllung der Bürgschaftsforderung verlangt, ebenso wie der Schuldner der Hauptforderung geschützt werden muß. Würde dieser Schutz dem Bürgen nicht gegeben sein, so würde dies eine große Verkehrsunsicherheit zur Folge haben. Es soll daher nunmehr untersucht werden, ob der § 407, Abs. 1 auch auf den Bürgen Anwendung findet, wenn er gutgläubig an den Zedenten leistet.

Auf die Streitfrage [1]), ob § 407 auf Leistungen eines Dritten gemäß § 267 entsprechende Anwendung findet, ist hier nicht näher einzugehen, da der Bürge gar kein Dritter, sondern Schuldner ist. Wie bereits im I. Teil der Abhandlung dargetan ist, folgt aus der Tatsache, daß der Bürge echter Schuldner ist, daß die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts auf die Bürgschaftsschuld unmittelbar anzuwenden sind. Bei der Abtretung der Forderung geht gemäß § 401 Abs. 1 die Bürgschaftsforderung auf den Zessionar über. Der Bürge ist nunmehr Schuldner des Zessionars geworden. Schon aus dieser Tatsache würde die Anwendung der Vorschrift des § 407 Abs. 1 auf den gutgläubigen Bürgen unabweisbar erscheinen.

Aber m. E. ergibt sich die Anwendung des § 407 auf den Bürgen auch direkt aus dem Gesetze, und zwar aus den Bestimmungen des § 412 in Verbindung mit § 401. Der Übergang der Bürgschaftsforderung auf den Zessionar ist nach der Gesetzesvorschrift des § 401 ein Forderungsübergang kraft Gesetzes. Nach § 412 findet nun die

---

[1]) Für entsprechende Anwendung des § 407: Oertmann, II, 1, § 407, Anm. 1 b ß; Ulfanner, Seuff. Bl. Bd. 75, 77 ff; dagegen: Berndt, Seuff. Bl. 75, 676 ff; R. G. Kom. § 407, Anm. 1.

Vorschrift des § 407 auf die Übertragung der Forderung kraft Gesetzes entsprechende Anwendung. An die Stelle der Kenntnis der Abtretung tritt hier die Kenntnis des gesetzlichen Überganges der Forderung, [1]) die aber im Falle des § 401 Abs. 1 gleich der Kenntnis von der Abtretung der Hauptforderung ist.

Die wenigen Schriftsteller, die die Frage der Anwendung des § 407 Abs. 1 auf den gutgläubigen Bürgen angeschnitten haben, haben eine Anwendung bejaht. [2]) Wenn vielfach die hier besprochene Frage in den Kommentaren überhaupt nicht erwähnt ist, so dürfte das darauf zurückzuführen sein, daß die Bearbeiter sie in dem hier vertretenen Sinne für zweifellos halten.

Der § 407 Abs. 1 ist auf den Bürgen aber auch dann entsprechend anzuwenden, wenn der Hauptschuldner Kenntnis von dem Forderungsübergang hat, der Bürge aber nicht. Während in Wirklichkeit für Hauptschuldner und Bürge der Zessionar materieller Gläubiger der Forderungen ist, gilt in einem solchen Falle zu Gunsten des Bürgen der bisherige Gläubiger, der Zedent, als Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsforderung. Herzfeld [3]) will nun die Anwendung des § 407 Abs. 1 nur dann gelten lassen, wenn auch der Hauptschuldner ohne Kenntnis ist. Er behauptet, ein Schutz des Bürgen bei Kenntnis des Schuldners von der Forderungsübertragung sei mit der strengen Akzessorietät der Bürgschaft nicht zu vereinbaren; für den Hauptschuldner sei Träger des Forderungsrechtes allein der Zessionar, während es für den Bürgen noch der Zedent sei. Diese Ansicht ist aber m. E. nicht richtig. Denn die Anwendung des § 407 Abs. 1 in diesem Zusammenhang macht den Zedenten nicht materiell zum Gläubiger der Forderungen, sondern bewirkt nur zu Gunsten des Bürgen, daß dem Gläubiger eine Einziehungsbefugnis sowohl der Bürgschaftsforderung als auch der Hauptforderung verbleibt. Da nämlich der Zessionar in Wirklichkeit materieller Gläubiger ist, wird hier der Grundsatz der Akzessorietät in keiner Weise durchbrochen.

Der neue Gläubiger muß also eine Leistung des Bürgen, die in Unkenntnis der Zession erfolgt, gegen sich gelten lassen, und zwar auch dann, wenn der Schuldner selbst von der Abtretung Kenntnis hat.

Wenn der Bürge nun gutgläubig den Zedenten befriedigt hat, so geht die Hauptforderung, obschon der Zessionar Inhaber dieser Forderung ist, gemäß § 774 Abs. 1 auf den Bürgen über. Denn die Leistung des Bürgen hat zur Folge, daß die Hauptverbindlichkeit dem Gläubiger (in diesem Falle dem Zessionar) gegenüber als erfüllt anzusehen ist. Der bisherige Gläubiger gilt dem gutgläubigen Bürgen gegenüber auch weiter als Gläubiger der Hauptforderung. [4])

---

[1]) Enneccerus-Lehmann, II, § 83, Anm. 3; Staudinger, II, 1, § 406, Anm. 2.

[2]) Planck, II, 1, § 407, Anm. 1 a; Westerkamp, S. 389; Hachenburg, S. 205; Sobernheim, S. 42.

[3]) Herzfeld S. 35.

[4]) Westerkamp, S. 389.

Wenn Hachenburg [1]) den Übergang der Hauptforderung auf den gutgläubig leistenden Bürgen deshalb verneint, weil dem Zedenten die Hauptforderung nicht mehr zusteht, so ist das nicht richtig. Ihm ist seine eigene Ansicht [2]) entgegenzuhalten, wonach die Rechtshandlungen des gutgläubigen Schuldners dem bisherigen Gläubiger gegenüber dieselben Wirkungen haben als wäre der bisherige Gläubiger noch materieller Gläubiger. [3])

§ 10. Ergebnis.

In der vorstehenden Abhandlung sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß § 401 Abs. 1 keine zwingende Vorschrift enthält, mithin die Abtretung der Bürgschaftsforderung ohne die Hauptforderung möglich ist. In diesem Falle erlischt die Bürgschaftsforderung, da sie wegen ihres akzessorischen Charakters nicht selbstständig bei dem Zedenten verbleiben kann. Die Bürgschaftsforderung kann deshalb auch nicht ohne die Hauptforderung allein abgetreten werden. Dagegen ist es möglich, für die Bürgschaftsforderung eine selbstständige Einziehungsermächtigung zu erteilen, womit in den meisten Fällen dem praktischen Bedürfnis nach Abtretung der Bürgschaftsforderung Rechnung getragen werden kann.

Weiterhin ergab die Abhandlung, daß § 407 Abs. 1 auf den Bürgen Anwendung findet, daß er also befreit wird, wenn er gutgläubig an den Zedenten leistet, gleichgültig, ob die Zession dem Schuldner bekannt ist oder nicht.

---

[1]) Hachenburg, S. 205.
[2]) Hachenburg, S. 203.
[3]) Sobernheim, S. 42.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 22. März 1904 in Wadersloh in Westf. als Sohn des verstorbenen Brennereibesitzers Felix Hellmann und seiner Ehefrau Gertrud geb. Westerschulte. Nach Besuch der heimatlichen Volksschule war ich auf dem humanistischen Gymnasium in Beckum und bestand dort am 10. März 1925 das Abiturientenexamen. Im Sommersemester 1925 ließ ich mich als Student der Rechte bei der Universität in Heidelberg immatrikulieren, wo ich zwei Semester blieb. Das Sommersemester 1926 verbrachte ich an der Universität in München. Vom Wintersemester 1926/27 bis zum Sommersemester 1928 studierte ich an der Universität in Münster. Am 24. und 26. April 1929 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Prüfung. Nach meiner Ernennung zum Referendar trat ich am 27. Mai 1929 in den Vorbereitungsdienst bei der Staatsanwaltschaft in Münster ein. Sodann war ich nacheinander am Amts- und Landgericht in Essen und am Amtsgericht in Trier. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 11. Juli 1931 bei der juristischen Fakultät der Universität in Marburg. Zur Zeit befinde ich mich zur Ausbildung bei dem Herrn Rechtsanwalt Günzer in Trier.

Trier, im November 1931.

Adolf Hellmann.